Die Arbeit als Grundlage der Krankenversicherungspflicht.

Eine Untersuchung der rechtlichen Natur des Beschäftigungsverhältnisses.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Hermann Clos
Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. M.

Marburg i. H.
Buchdruckerei Chr. Schaaf, Druck wissenschaftlicher Werke
1916

Referent: Prof. Dr. W. Schücking.

Herrn Geh. Studienrat Dr. Bode
in Frankfurt a. M.
zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

III. Hauptabschnitt:

Neue Lehre über das Beschäftigungsverhältnis.

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare, Handbücher u. A.

Baumgarten, Handwörterbuch des gesamten Versicherungswesens. 1899.
Düttmann mit Appelius, Brunner, v. Frankenberg, Meinel, Jancke, Seelmann, RVO. 4. Bde. 1912. (Bd. II, Krankenversicherung).
Hahn, Das Krankenversicherungsgesetz. 6. Aufl. 1909 (altes Recht).
— —, Handbuch der Krankenversicherung. 1913.
Handbuch der Unfallversicherung.
Hanow mit Hoffmann, Lehmann, Moesle, Rabeling, RVO. 4 Bde. 1912. (Bd. II, Krankenversicherung).
Hoffmann, Krankenversicherungsgesetz. 1908 (altes Recht).
Laß, Olshausen, Weymann, RVO. 3 Bde. 1912. (Bd. II, Krankenversicherung).
Manes, Mentzel, Schulz, RVO. 4 Bde. 1912. (Bd. II, Krankenversicherung).
Pilaty, Arbeiterversicherungsgesetze. 3 Bde. 2. Aufl. 1900.
Reger-Henle, Handausgabe des Krankenversicherungsgesetzes. 7. Aufl. 1904.
Stier-Somlo, Handbuch der Reichsversicherungsordnung. München 1913.
— —, Kommentar zur Reichsversicherungsordnung. 2 Bde. Berlin 1911—13.
Woedtke, Krankenversicherungsgesetz. 4. Aufl. 1893.

II. Lehrbücher, Monographien u. dergl.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 2. Abt.: Recht der Schuldverhältnisse. 1910.
Klein, Natur der causa solvendi. (Bonner Diss.) 1903.
Kretschmar, Die Erfüllung I. 1906.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Pfersche, Bereicherungsklagen.
Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung. 2 Bde. 1893 u. 1905.

Schwenger, Beschäftigung als Grundlage der Arbeiterversicherungspflicht. (Bonner Diss.) 1910.
Stier-Somlo, Das Recht der Arbeiterversicherung, Grundriß. Bonn 1906.
— —, Deutsche Sozialgesetzgebung. Jena 1906.
— —. Studien zum sozialen Recht. 1912.
Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages. 1904.
Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts. 1894.

III. Rechtsprechung, Zeitschriften u. A.

Breithaupt, Die Rechtsprechung des RVA. in Unfallsachen. 1912.
Jahow, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
v. Kamptz, Die Rechtsprechnng des Kgl. Preuß. Ober-Verwaltungsgerichts.
Kunze-Kautz, Die Rechtsgrundsätze des Kgl. Preuß. Ober-Verwaltungsgerichts.
Reger, Entscheidungen der Gerichts- und Verwaltungsbehörden.
Die Entscheidungen des Reichs- und Preuß. Oberverwaltungsgerichts.

Amtliche Nachrichten des RVA.
Arbeiterversorgung, Die, von Troschel.
Monatsblätter für Arbeiterversicherung, herausg. von Mitgliedern des Reichsversicherungsamts.
Soziale Praxis und Archiv für Sozialwohlfahrt (von Dr. E. Francke).
Zentralblatt der Reichsversicherung (von Stier-Somlo).
Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (von Manes).
Verwaltungsarchiv. Bd. 9 u. 14.

Die Entwürfe zur RVO.
Die Verhandlungen des Reichstages. 5. Leg.-Periode, 2. Session 1882/3. 5 Bde. Anlagen. Berlin 1883, Sittenfeld.
— —, 12. Leg.-Periode, 2. Session 1910/11. Bd. 761, 766, 767, 770. Berlin 1910/11, Norddeutsche Druckerei-Verlagsanstalt.

§ 1.

Einleitung.

Die Notwendigkeit eines Schutzes der minderbegüterten Bevölkerung gegen eine Gefährdung ihrer Gesundheit, der oft einzigen Grundlage ihrer Existenz, hatte seit dem Erlaß des alten KVG. von 1883 in immer weiterem Umfange gesetzliche Anerkennung gefunden. Schon die Kaiserliche Botschaft vom 17. November 1881, die die Ära der modernen Sozialgesetzgebung einleitete, hatte mit Entschiedenheit zum Ausdruck gebracht, daß, ungeachtet der Vielgestaltigkeit der zur Erreichung dieses Zieles gangbaren Wege, nur in dem korporativen Zusammenschluß aller unmittelbar daran Interessierten eine befriedigende Lösung der Aufgabe gefunden werden könne. Die Erfahrung, die man indessen mit den freien Hilfskassen gemacht hatte, hatte gezeigt, daß man der freien Initiative sowohl der schutzbedürftigen Arbeiter, denen vielfach der Beitritt zu einer Kasse freigestellt war, als auch der der unteren Kommunalbehörden, denen in der preußischen Gesetzgebung die Befugnis beigelegt worden war, Zwangskassen, d. h. solche mit Beitrittszwang zu errichten, nicht allzuviel zugetraut werden konnte. Deshalb wurde es für notwendig erachtet, einen unmittelbaren gesetzlichen Versicherungszwang für alle Beteiligten einzuführen auf der Grundlage, daß die Gesamtheit der an der Bekämpfung der Krankheit Interessierten — also Arbeitgeber und -nehmer — gemeinsam die Risiken zu tragen haben.

Die Zugehörigkeit zu den der Fürsorge bedürftigen Personenklassen allein konnte aber aus Gründen, die sich aus dem Zwecke der ganzen Maßnahme erklären, zur Begründung der Versicherungspflicht nicht maßgebend sein. Darauf bedacht, dem einzelnen seine Gesundheit zu erhalten, sowohl in seinem eigenen Interesse, insofern als seine oft einzige Erwerbsquelle in Frage steht, als auch in dem Interesse der Erhaltung der nationalen Leistungsfähigkeit und wirtschaftlichen Machtstellung, setzt die Krankenversicherung selbstverständlich voraus, daß auch von dem Einzelnen wirtschaftlich erhebliche Arbeit geleistet wird, daß er nicht nur dem Stande der Arbeitnehmer angehört, sondern auch wirklich Arbeitnehmer ist. Aber auch aus finanziellen Erwägungen konnte die Versicherung auf einer so allgemeinen Grundlage, wie sie die bloße Zugehörigkeit zum Arbeiterstande darstellt, nicht aufgebaut werden, da es nicht nur das Gegebene war, sondern auch, um eine unerträgliche Belastung der Allgemeinheit zu vermeiden, als notwendig erschien, den durch die Arbeit beiden Teilen, dem Arbeitgeber und -nehmer, erwachsenden Gewinn zur Tragung der Lasten verhältnismäßig heranzuziehen.

Auf diesem Standpunkte stand das alte KVG. mit seinen mehrfach erlassenen Novellen, indem es die Versicherungspflicht an die Tätigkeit in bestimmten Betrieben knüpfte. Mit dem am 1. Januar 1914 erfolgten Inkrafttreten des zweiten Buches der RVO. sind auch auf diesem Gebiete der Sozialgesetzgebung viele durchgreifende Veränderungen eingetreten, und, was wohl die wichtigste ist, der Kreis der versicherungspflichtigen Personen ist von ganz anderen Gesichtspunkten aus erfaßt und gesetzlich umgrenzt worden. Es sind nicht nur die unter den besonderen Berufszweigen zusammengefaßten Erwerbsklassen in die Versicherung neu einbezogen, sondern es sind auch, entsprechend dem bisherigen Rechtszustande bei der Invalidenversicherung, nicht mehr bestimmte Betriebe, sondern schlechthin bestimmte er-

werbstätige Personenklassen der Versicherung unterworfen. Grundsätzlich ist damit an dem Prinzipe, daß nur der arbeitende Arbeiter, Angestellte usw. versicherungsrechtlichen Schutz genießen soll, nichts geändert.

Wie das KVG., so spricht auch die RVO. nicht von der Arbeit als der Grundlage der Versicherungspflicht, sondern immer nur von Beschäftigung, beschäftigt werden und ähnlichen Wendungen. Es soll damit aber nur angedeutet werden, daß der Arbeitende in einem Verhältnis zu einem Dritten stehen muß, der ihm die Arbeitsgelegenheit gewährt.

Die Frage, worin das Wesen der Beschäftigung im Sinne des Gesetzes zu sehen ist, wann sie beginnt, endet, ist zur Zeit des KVG. bei Ermangelung einer gesetzlichen Definition Gegenstand unterschiedlicher Ansichten gewesen. Die Versuche, eine dem Geiste des Gesetzes und den Anforderungen des Lebens gleichermaßen genügende Begriffsbestimmung zu finden, wurden wesentlich beeinflußt durch die Unsicherheit der Rechtsprechung, die, zum größten Teile in den Händen von Verwaltungsgerichten liegend, naturgemäß mehr auf den praktischen Endzweck ihrer Entscheidungen als auf eine rechtlich tiefgehende Begründung derselben Wert legt. Aus diesem Grunde können die verschiedentlichen Lösungen einer sachlichen Kritik nicht standhalten.

Wenn auch bei der Beantwortung der Frage, was Beschäftigung im Sinne des Gesetzes ist, naturgemäß das geltende Recht zum Ausgangspunkte genommen werden muß, so sind doch im Gange der Untersuchung, gerade weil in dieser Beziehung gegen den früheren Rechtszustand eine in Betracht kommende Änderung nicht eingetreten ist, auch die lediglich auf dem Boden des KVG. erwachsenden Ansichten einer eingehenden Würdigung zu unterziehen, was um so unbedenklicher ist, als die Schriftsteller, soweit sie sich bereits mit der RVO. befaßt haben, den von ihnen vertretenen Standpunkt auch in das neue Recht mit hinüber genommen haben.

Unmittelbar vor Erlaß der RVO. ist in einer ausführlichen Arbeit von Schwenger[1]) zu unserer Frage Stellung genommen und auf Grund einer eingehenden Betrachtung der wesentlichsten Ansichten eine von der hergebrachten Anschauungsweise völlig verschiedene Auffassung des Beschäftigungsbegriffes gegeben worden. Ebensowenig wie die älteren, kann auch diese Ansicht als endgültige Lösung der Streitfrage hingenommen werden, und dies um so weniger, als der Verfasser davon ausgeht, daß alle versicherungsrechtlichen Begriffe ausschließlich aus dem dem öffentlichen Rechte angehörenden Versicherungsrecht auszulegen seien, ohne indessen die bisher herrschende Ansicht widerlegen zu können, die den innigen Zusammenhang des Sozialrechts mit dem Privatrecht behauptet.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziele gesetzt, der rechtlichen Natur des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses näher zu kommen. Wie es sich aus der abstrakten Natur der zu ergründenden Frage ergibt, dürfte der gangbarste Weg, dem allerdings eine gewisse Äußerlichkeit der Betrachtungsweise innewohnt, und der auch von Schwenger eingeschlagen worden ist, der sein, zunächst eine erschöpfende Darstellung der bestehenden Lehren zu geben und dann durch deren kritische Betrachtung die Grundlagen für den Aufbau unserer Ansicht zu gewinnen. Damit ergibt sich für die Behandlung des Stoffes folgende Einteilung:

I. Stand der Lehre.
II. Kritische Betrachtung.
III. Neue Lehre über die Beschäftigung.

---

1) Schwenger, Beschäftigung als Grundlage der Arbeiter-Versicherungspflicht. Tübingen 1910.

I. Hauptabschnitt.

Stand der Lehre.

§ 2.

A. Beschäftigungsverhältnis und Beschäftigungstatsache.

Die RVO. spricht — wie das KVG. — in den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches und in dem speziell für die Krankenversicherung geltenden zweiten Buche von Beschäftigung in verschiedenen Ausdrucksformen und in verschiedenem Sinne. So ist Beschäftigungsort der Ort, an dem die Beschäftigung tatsächlich stattfindet (§ 153). Für Beschäftigungsverhältnisse ohne feste Betriebsstätte gilt als Beschäftigungsort der Sitz des Betriebes (§ 154). Die Beschäftigung eines Ehegatten durch den anderen begründet keine Versicherungspflicht (§ 159). Nach § 165 werden bestimmte Personenklassen versichert unter der Voraussetzung, daß sie gegen Entgelt beschäftigt werden (Abs. 2 dieses §). Besondere Vorschriften gelten für die in der Landwirtschaft, unständig oder im Wandergewerbe Beschäftigten nach § 166. Versicherungsfrei sind die in Betrieben des Reiches, eines Bundesstaates usw. Beschäftigten nach § 169, auf Antrag auch die von gewissen anderen Körperschaften Beschäftigten (§ 170). Auf Antrag des Arbeitgebers werden befreit

Personen, die bei Arbeitslosigkeit in Arbeiterkolonien beschäftigt werden (§ 175). Versicherungsfreie Beschäftigte der im § 165 Absatz 1 bezeichneten Art, Familienangehörige, die ohne eigentliches Arbeitsverhältnis und ohne Entgelt im Betrieb des Arbeitgebers tätig sind, können freiwillig beitreten (§ 176). Die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger beginnt mit dem Tage des Eintritts in die versicherungspflichtige Beschäftigung (§ 306). § 313 spricht davon, daß ein Mitglied aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung ausscheidet. Nach § 317 hat der Arbeitgeber jeden von ihm Beschäftigten binnen 3 Tagen nach Beginn und Ende der Beschäftigung zu melden und andere Stellen mehr.

Wichtiger als der Wechsel im Ausdruck ist die Verschiedenheit der Bedeutung, in der das Gesetz von Beschäftigung spricht. Es unterscheidet, wie das KVG., worauf schon Rosin[1]) in seinem klassischen Werke „Das Recht der Arbeiterversicherung“ hinweist, zwischen der Beschäftigung als tatsächlicher Arbeitsleistung und der Beschäftigung als Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis. Eine Bezugnahme auf die Beschäftigung als der tatsächlichen Arbeitsleistung findet sich im Gesetze nur an wenigen Stellen, namentlich da, wo vom Beschäftigungsort die Rede ist. Das Wesen und der Zweck der Sozial- und somit der Krankenversicherung gipfelt darin, die Schäden zu beseitigen oder doch zu mildern, die sich in dem Verhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer durch das wirtschaftliche Übergewicht des letzteren gezeigt haben: Lohndrückung, ungebührliche Ausnutzung der Arbeitskraft und als deren Folgen Krankheit und mancherlei Not. Rechtlich ist zwar das Verhältnis beider, — das in der Regel auf einem privatrechtlichen Arbeitsvertrage beruht, — das eines Forderungsberechtigten zum Verpflichteten. Allein diese

---

1) Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. 1 § 27 S. 174, worauf sich in der Folge die Zitierungen Rosins beziehen.

rechtliche Auffassung wird durch die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse oft vollständig in den Hintergrund gedrängt; aus dem zweiseitigen Vertragsverhältnis auf der Grundlage gegenseitiger Gleichberechtigung beider Vertragsteile wird tatsächlich ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber[1]). Entspricht auch zunächst ganz allgemein der beschäftigten Person, auf die es bei der versicherungspflichtigen Beschäftigung ankommt — von wenigen Ausnahmen abgesehen[2]) — der Begriff der Beschäftigung als Leistung tatsächlicher Arbeit, so folgt doch, wie wir schon oben Seite 10 sahen, aus dem Wesen der Sozialgesetzgebung, daß das Gesetz an die Arbeitsleistung als bloße Tatsache die Wohltaten seines Schutzes nicht knüpfen will. Es setzt eine Beziehung zwischen Arbeitgeber und -nehmer voraus, da es doch die sich aus dieser ergebenden Schäden bekämpfen will. Die tatsächlich geleistete Arbeit und die vom Gesetze beiden Teilen auferlegten Pflichten bedürfen einer Grundlage, die die zum Eintritt der Versicherung notwendige Beziehung zum Arbeitgeber herstellt. Diese ist gegeben in dem versicherungsrechtlichen Arbeits-[3]) oder Beschäftigungsverhältnis[4]). In diesem Sinne spricht z. B. § 165 RVO. wie früher der § 1 KVG. von beschäftigten Personen. Der Ausdruck Betriebsbeamte, Lehrlinge, Gehilfen in Apotheken, Schiffsbesatzung usw. zeigt deutlich, daß hier nicht von tatsächlicher Arbeitsleistung als dem Beschäftigtwerden, sondern von einer gegenseitigen Beziehung zweier Personen die Rede sein muß. Deutlicher sprachen noch § 1 KVG. und § 1 JVG., wo die „als" Arbeiter usw. tätigen Personen der Versicherung unterworfen werden. Es

---

1) Vergl. auch Rosin Bd. I S. 141.

2) Vergl. § 165 Ziffer 5 und 6 RVO.

3) So § 176 Ziffer 2 RVO.

4) So § 154 RVO.

ist demnach von der Beschäftigung als von einer Anstellung zur Arbeitsleistung die Rede [1] [2]).

Mit der Beschäftigungstatsache als solcher werden wir uns weiter nicht mehr zu befassen haben. Das Gesetz setzt das Beschäftigungsverhältnis als Grundlage der Versicherungspflicht voraus. Diese allein begründet unmittelbar das Recht auf die gesetzmäßigen Leistungen. Die tatsächliche Arbeitsleistung an sich allein hat diese Wirkung nicht, deshalb kommt ihr im Rahmen dieser Abhandlung keine weitere Bedeutung zu.

B. Das Beschäftigungsverhältnis insbesondere.

§ 3.

1. Grundgedanken.

Die RVO. enthält eine wenn auch nur andeutungsweise gegebene Bestimmung des Begriffs des Beschäftigungsverhältnisses nicht. Man wird sich deshalb in dem Gesetze vergeblich nach einer näheren Umgrenzung desselben umsehen. Und das mit Recht. Der Satz: Omnis definitio periculosa est, gilt, wenn irgendwo überhaupt, so hier. Der Gesetzgeber hat sich, bewußt oder unbewußt, eine weise Zurückhaltung auferlegt. Allerdings lagen bei der Entstehung der RVO., anders wie zur Zeit des KVG., die reichen Erfahrungen einer 30jährigen Praxis vor. Aber dennoch schien die Frage der Umgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses nicht Gegenstand gesetzlicher Regelung sein zu können. Hier,

1) Vergl. Hahn, Verw.-Arch. Bd. 9 S. 225.

2) Unrichtig nimmt deshalb Rosin, I S. 174 Anm. 1, die Beschäftigung im Sinne des § 1 KVG. als tatsächliche Arbeitsleistung an.

wo sich Wissenschaft und Praxis jetzt noch vielfach auf unsicherem Boden bewegen, schien sie doppelt gefährlich. Wenn trotz des bisher ausgetragenen lebhaften Streites eine befriedigende Lösung noch nicht gefunden ist, so liegt dies in der Hauptsache daran, daß man, mit Recht bestrebt, die tatsächlich geleistete Arbeit unabhängig von einem etwa zu Grunde liegenden Arbeitsvertrage der Versicherung teilhaftig werden zu lassen, in Verfolg dieses Gedankens dennoch die Bedeutung des Grundvertrages erheblich verkannt hat.

Abgesehen davon, daß bei vielen Schriftstellern von einer begründeten Stellungnahme nicht die Rede ist und nur einzelne aus der Praxis heraus erwachsene Eigenschaften des Beschäftigungsverhältnisses hervorgehoben werden, gehen die Ansichten sämtlich dahin, das Arbeitsverhältnis von dem Erfordernis eines formell und materiell gültigen Verpflichtungsvertrages zu lösen und in sich selbständig zu gestalten. Dabei läßt schon eine oberflächliche Sichtung der von diesem gemeinsamen Gedanken ausgehenden Ansichten eine zweifache Betrachtungsweise erkennen. Einig sind sie alle nur darin, daß das Beschäftigungsverhältnis von einem gültigen zivilrechtlichen Dienst- usw. Vertrage unabhängig sein müsse. Im übrigen aber bleibt die eine Gruppe auf dem Boden des Zivilrechts stehen, indem sie das Beschäftigungsverhältnis als ein gewissen zivilrechtlichen Normen unterworfenes Gebilde entwickelt, das möglicherweise unter bestimmte zivilrechtliche Vertragstypen fallen könne, aber nicht müsse. Es gehört hierher insbesondere die Rosinsche Besitztheorie und die Theorie Hahns vom Lohnarbeitsverhältnis. Diese Gruppe von Theorien wird im folgenden kurz die privatrechtliche genannt werden.

In das entgegengesetzte Extrem verfällt eine andere Gruppe von Ansichten, die aber erst neuerdings gegenüber der herrschenden ersten Gruppe sich Geltung zu verschaffen sucht. Sie gelangt dahin, das Beschäftigungsverhältnis vollständig von seinem zivilrechtlichen Grunde, dem Ausgangs-

und Angelpunkte der sozialpolitischen Gesetzgebung, dem zivilrechtlichen Arbeitsvertrage zu lösen. Die Arbeiterversicherung sei, so wird deduziert, öffentlichrechtlicher Natur und das Beschäftigungsverhältnis in erster Linie daher aus dem öffentlichen Rechte zu verstehen. Hierher gehört die Ansicht von Stier-Somlo und ferner die neuerdings entwickelte Lehre Schwengers von dem Beschäftigungsverhältnis als einem öffentlichrechtlichen Vertrage. Diese zweite Gruppe wird kurz die öffentlichrechtliche genannt werden.

§ 4.

2. Die privatrechtlichen Theorien.

a) Rosin.

Rosin hat als erster in seinem genannten Werke[1]) den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses von einheitlichen Gesichtspunkten aus entwickelt. Daß dabei seine Ausführungen in den wirtschaftlichen Grundlagen für die gesamte Arbeiterversicherung geschehen, mag nur nebenbei erwähnt werden. Er stellt zunächst fest, daß im Sinne der Versicherungsgesetze Arbeits-, Dienst- und Beschäftigungsverhältnis dasselbe sind (S. 174). Seine rechtliche Charakterisierung erhält das Beschäftigungsverhältnis durch die Analogie zur zivilrechtlichen und zwar zur gemeinrechtlichen Besitzlehre. Als Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses gibt Rosin an „das Verhältnis zweier Personen zueinander, in welchem die eine über die Arbeitskraft der anderen (beschäftigten Person) für sich zu verfügen tatsächlich in der Lage ist“ (§ 175). Da nun im gemeinen Recht der Besitzbegriff gegenüber dem früheren römischen und dem heutigen Rechte eine erhebliche Erweiterung erfahren hatte, und fast „jeder dauernde, auf Fortwirkung

1) Band I S. 174ff.

in die Zukunft hinein angelegte Zustand rechtlicher Gestalt[1]) die Grundlage eines Besitzverhältnisses sein konnte, auch z. B. im preußischen Rechte ein Besitz an Forderungen auf eine fortgesetzte Leistung möglich war[2]), so glaubt auch Rosin das Beschäftigungsverhältnis am besten dadurch erfassen zu können, indem er auf es die Grundsätze der gemeinrechtlichen Besitzlehre zur Anwendung bringt. Er spricht direkt von dem Besitz der Arbeitskraft einer Person durch eine andere. Wenn noch Zweifel darüber bestehen könnten, ob Rosin mit dem Besitze der Arbeitskraft einer Person durch eine andere wirklich eine rechtliche Konstruktion oder aber nur eine bildliche Ausdrucksweise für eine anders geartete rechtliche Beziehung im Sinne hat[3]), so entscheiden m. E. die Worte Rosins selbst für die erstere Auffassung, die nach ihm selbst „zu einer Reihe wertvoller Analogien berechtigt"[4]).

Wie führt dabei Rosin die Besitzanalogie auf das Verhältnis zweier Personen, in dem die eine über die Arbeitskraft der anderen zu verfügen tatsächlich in der Lage ist, durch?

Der gemeinrechtliche Besitzbegriff erfordert zwei in sich verschiedene Tatbestandsmerkmale, ein tatsächliches und ein Willensmoment: corpus und animus. Der animus ist der Wille, die Sache für sich zu beherrschen, das corpus ist die tatsächliche Herrschaft über sie, „die Herstellung des realen Herrschaftsverhältnisses" [5]). Rosin läßt allerdings diese scharfe Zweiteilung in corpus und animus vermissen. Eine besondere Erwähnung des animus ist nirgends zu finden. Da die tatsächliche Verfügungsmacht (corpus) nach Rosin auf einer

---

1) Dernburg, Pand. § 191.

2) ALR., Dernburg, Preuß. Privatrecht § 160.

3) So Schwenger S. 22.

4) Rosin a. a. O. S. 175.

5) Dernburg, Pand. I S. 416.

Willensübereinstimmung beruht, so fragt sich, welcher Art diese Einigung ist. Ihre rechtliche Qualifizierung ergibt sich bei Rosin an anderer Stelle. Nachdem er im zweiten Buche (Bd. I) den sozialpolitischen Grundgedanken der Arbeiterversicherung erörtert hat, geht er zur Feststellung des Kreises der versicherten Personen über und sagt dann bei der Definition des Arbeiters im engsten Sinne als der Personen, „welche in der Stellung wirtschaftlicher Unselbständigkeit auf Grund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages ... beschäftigt werden“: die Beschäftigung habe ihre Grundlage in der Gegenüberstellung des Willens des Arbeitgebers und -nehmers. Die daraus sich ergebende, auf eine Arbeitsleistung gerichtete Willenseinigung — eben dieselbe, die das Verhältnis tatsächlicher Verfügungsmacht begründet — bildet den privatrechtlichen Arbeitsvertrag im Sinne obiger Definition[1]). Von hier aus ist der Gedankengang Rosins nach zwei Richtungen hin zu verfolgen. Einmal ist zu untersuchen, ob Rosin die zur Begründung der tatsächlichen Verfügungsmacht und damit zur Entstehung des Beschäftigungsverhältnisses erforderliche Willensübereinstimmung nur auf den privatrechtlichen Arbeitsvertrag gründet, und dann, ob sich bei ihm nicht eine klarere juristische Analyse seines bisher noch sehr farblosen Arbeitsvertrages findet.

Ist ersteres der Fall, so würde Rosin sich in diesem Punkte mit sich selbst in Widerspruch setzen, insofern als er bei der Feststellung des Kreises der versicherten Personen auch noch andere auf Grund privat- und öffentlichrechtlicher Herrschaftsverhältnisse entstehende Beschäftigungsverhältnisse kennt[2]). Die bei der Erörterung

---

1) Rosin Bd. I S. 149.

2) So z. B. die Beschäftigung von Kindern und Verwandten im Betriebe des Hausherrn, die Verhältnisse der Staats- und Kommunalbeamten.

des Beschäftigungsverhältnisses erwähnte Willenseinigung erhält zwar ihre nähere Kennzeichnung bei der Definition des Arbeiters im engeren Sinne, damit ist aber noch nicht gesagt, daß Rosin diesen Arbeitsvertrag allein als Grundlage des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ansieht. Zu Bedenken könnte nur der Umstand Anlaß geben, daß Rosin bei Erörterung des sozialpolitischen Grundgedankens der Versicherungsgesetze zu dem Ergebnis gelangt, daß sich als ratio legis „die Minderung der den privatrechtlichen Arbeitsvertrag beherrschenden Abhängigkeit der arbeitenden Klassen durch ein System vom öffentlichen Rechte ausgehender Fürsorge betrachten lasse“ (S. 174). Gleichwohl ist hierin ein eigentlicher Widerspruch nicht zu erblicken, vielmehr nur anzunehmen, daß Rosin diesen Klassen eine Ausnahmestellung zuerkannt und sie für die Bildung der ratio legis nicht ins Gewicht fallen läßt. Man kann also höchstens sagen, daß Rosin die ratio legis zu eng faßt. In der Tat scheint es sich um eine ungewollte Zwiespältigkeit in diesem Sinne zu handeln; denn nach der unzweideutigen Auffassung Rosins gehören die Beamten dem Kreise der beschäftigten Personen im weitesten Sinne ebenfalls an und nehmen nur wegen des ihnen vielfach zustehenden Anspruchs auf Gehalt auch während der Krankheit eine Sonderstellung ein, insofern sie unter diesen oder ähnlichen Voraussetzungen der Versicherungspflicht nicht unterliegen. Die Gründung der ratio legis auf den privatrechtlichen Arbeitsvertrag wäre angesichts der Einbeziehung der mannigfachen Beamtenverhältnisse in die Versicherung selbst im Sinne Rosins zu eng. Jedenfalls hat Rosin bei seinen Ausführungen nur die große Masse der in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen stehenden Personen im Auge, ohne indessen zu verkennen, daß die Lage gewisser Beamtenklassen zu denselben Maßregeln, wenn auch nicht gerade so dringend, Veranlassung gibt.

Es ergibt sich also: Nach Rosin beruht die tatsächliche Verfügungsmacht auf einer Willenseinigung von Arbeitgeber und -nehmer. Ihre rechtliche Charakterisierung ist keine einheitliche. Sie kann sich vielmehr als der Inhalt eines privaten Arbeitsvertrages darstellen, darüber hinaus aber auch aus einem persönlichen Herrschaftsverhältnisse hervorgehen. Letzteres kann sowohl privatrechtlicher Natur sein, so bei der Beschäftigung von Familienmitgliedern das familienrechtliche Verhältnis, als auch im öffentlichen Rechte wurzeln, wie das Beamtenverhältnis. Die Besitzanalogie wird indessen nur von dem Gesichtspunkte des privaten Arbeitsvertrages aus durchgeführt und jene anderen Möglichkeiten nur als analog zu behandelnde Nebenfälle aufgefaßt. Völlig unberechtigt erscheint es somit anzunehmen — wie Schwenger meint —, Rosin wolle auch für die öffentlichen Beamten eine Beschäftigung auf Grund eines zivilrechtlichen Vertrages konstruieren.

Scheidet man die letzteren Fälle aus der Betrachtung aus, so beruht die Einigung, aus der die tatsächliche Verfügungsmacht des Arbeitgebers hervorgeht, auf einem privaten Arbeitsvertrage (S. 149). Allerdings tauchen zunächst Zweifel darüber auf, ob diese Einigung trotz des von Rosin geforderten Vertrages nicht doch tatsächlicher Natur ist, worauf auch Schwenger (S. 6/7) hinweist. Denn bei der Erörterung des Beschäftigungsverhältnisses ist zunächst nur von einer Einigung, nicht aber auch von einem Vertrage die Rede. Es wäre immerhin möglich, daß die Einigung selbständig neben dem Arbeitsvertrage stände und beide zu einander in einer dann noch näher zu bestimmenden wechselseitigen Beziehung ständen. Allein für diese Auffassung lassen sich bei Rosin keinerlei Anhaltspunkte finden. Zwar führt er seine Besitzanalogie auch nach der Richtung hin durch, daß er sagt, wie der Besitz die regelmäßige Erscheinung eines Rechtes an der Sache sei, so könne auch die

Beschäftigung einem gültigen Rechtsverhältnisse entsprechen, müsse sich in ihm aber nicht erschöpfen; vielmehr könne eine Beschäftigung auch tatsächlich bestehen, wenn die darauf gerichtete Beziehung beider Personen als rechtliche vom Gesetze aus Gründen des öffentlichen oder privaten Rechts nicht anerkannt werde (S. 175). Auch spricht er an anderer Stelle davon, daß neben der tatsächlichen Verfügungsmacht die rechtliche, d. h. ein bestehendes Recht auf Arbeitsleistung, nicht erforderlich sei (Bd. II S. 50). Allein er will damit nur sagen, daß die Willenseinigung nicht Inhalt eines formell und materiell gültigen Vertrages zu sein braucht. Es entstehe vielmehr ein Beschäftigungsverhältnis auch dann, wenn ein Minderjähriger ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in Arbeit tritt, oder wenn der Arbeitgeber entgegen dem § 135 Gew.-Ordng., der die Beschäftigung jugendlicher Personen einschränkt, solche als Arbeiter einstellt. Ob die Beschäftigung gegen Entgelt stattfindet, ist dabei ohne Belang, denn der Begriff der Beschäftigung setzt nach Rosin ein Entgelt nicht voraus. Die Lohnfrage hat vielmehr eine selbständige Bedeutung. Weil die Krankenversicherung die Lohnarbeit und nicht jede Arbeit schlechthin erfaßt, ist die Frage des Äquivalents zu einer selbständigen Voraussetzung der Versicherungspflicht neben der Beschäftigung geworden. Die Ausscheidung des Äquivalents gibt einen Grund mehr dafür ab, daß Rosin von dem privatrechtlichen Arbeitsvertrage schlechthin spricht und nicht einzelne Vertragsformen aufzählt. Der Arbeitsvertrag braucht vielmehr diesen besonderen Rechtsformen nicht zu entsprechen (S. 149), es kann aber im einzelnen Falle der die tatsächliche Verfügungsmacht begründende Arbeitsvertrag die Merkmale einer Dienstmiete, eines Werkvertrages, einer Gesindemiete, eines Heuervertrages, unter Umständen sogar die eines Kaufs oder einer Pacht an sich tragen, insofern die Gebrauchsüberlassung zum Zwecke der Dienstleistung geschieht, schließlich auch die eines Gesellschaftsvertrages, insofern die Beiträge der Gesell-

schafter sich als Arbeitsleistungen darstellen (Bd. I S. 176, Bd. II S. 51 ff.). Wie der Besitz die Erscheinungsform verschiedenartiger Rechte ist, so gründet sich auch die Beschäftigung auf die verschiedensten rechtlichen Beziehungen der Parteien. Die Untersuchung der mannigfachen Rechtsformen des Arbeitsvertrages kommt erst zur selbständigen Bedeutung bei der Abgrenzung der unselbständigen Beschäftigung vom Unternehmer. Denn jede der erwähnten Vertragsformen begründet ein Beschäftigungsverhältnis, nicht aber auch zugleich notwendig ein solches mit wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber, wie es bei der Krankenversicherung vorausgesetzt wird (S. 151).

Nach allem ergibt sich als Rosins Ansicht: Das Beschäftigungsverhältnis entsteht durch den Arbeitsvertrag. Wesentlicher Inhalt desselben ist nur die Einigung über die Arbeitsleistung. Durch das Hinzutreten weiterer Merkmale, z. B. der Einigung über das Arbeitsäquivalent, kann dieser Vertrag die Formen eines zivilrechtlichen Vertragstyps annehmen. Rosin macht also einen Unterschied zwischen dem versicherungsrechtlichen Arbeitsvertrage und dem zivilrechtlichen Dienst-, Werk- usw. Vertrag.

Auf diesen Arbeitsvertrag finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes nur in geringem Maße Anwendung, wie er denn überhaupt aus dem Bestreben heraus zu verstehen ist, die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses unabhängig von den Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Genehmigung des gesetzlichen Vertreters usw. zu ermöglichen. Danach ist es unerheblich, ob ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters in Arbeit geht. Erforderlich ist nur, daß es sich um eine ernstliche Willenserklärung handelt, denn wie überhaupt auf dem Gebiete des Privatrechts, so ist nach Rosin auch hier ein Scheingeschäft nichtig (Bd. II S. 47 ff.). Es kann der Wille der Parteien

auch stillschweigend erklärt werden; auch sind die tatsächlich nach außen hin abgegebenen Erklärungen nicht maßgebend, soweit der übereinstimmende wirkliche Wille der Beteiligten erkennbar damit in Widerspruch steht (S. 185). Ferner steht die Erklärung eines Bevollmächtigten der des Vollmachtgebers gleich (S. 148). Dagegen begründet eine einseitig von dem Arbeiter aufgenommene Tätigkeit, mag sie auch sonst die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllen, also im Interesse des Geschäftsherrn liegen und seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen (§§ 683, 675, 611, 612 BGB.), ein Beschäftigungsverhältnis nicht. Beschäftigt ist nur, wer einem anderen auf dessen Willen hin Arbeit leistet. Wer Arbeit leistet, die einem Dritten zugute kommt, ist nicht von ihm beschäftigt, wenn die Arbeitsleistung nicht durch eine Willenserklärung dieses Dritten veranlaßt ist.

Die Willenserklärung kann nur auf eine erlaubte menschliche Tätigkeit zu Nutzen anderer gerichtet sein (Bd. II S. 45). Wo und wie hier die Grenze des Erlaubten zu ziehen ist, erhellt aus Rosins Ausführungen nicht. Jedenfalls fallen die Vorschriften der Gewerbeordnung über Lehrlingshaltung und über die Einschränkung der Beschäftigung jugendlicher Personen hierher nicht. Er führt nämlich diese Fälle als Beispiele dafür an, daß ein Beschäftigungsverhältnis auch dann bestehen könne, wenn die darauf gerichtete Beziehung als rechtliche nicht anerkannt werde (S. 175).

Die Folgerungen, die Rosin aus seiner Auffassung über Beginn, Fortdauer und Ende des Beschäftigungsverhältnisses zieht, sind nur spärlich. Da das Beschäftigungsverhältnis sich als tatsächliche Verfügungsmacht darstellt, beginnt es, sobald diese eingetreten ist; bei einem sub die geschlossenen Vertrage aber erst mit dem Eintritt des dies. Weiter sagt er über den Beginn nichts. Aus der Analogie zur Besitzlehre folgt aber, daß eine tatsächliche Arbeitsleistung

zum Beginn ebensowenig erforderlich ist, wie eine Verwirklichung der Verfügungsmacht beim Besitze. Aus der von Rosin[1]) zitierten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts[2]), in der ausgesprochen ist, daß das Beschäftigungsverhältnis, da es einen zivilrechtlich gültigen Vertrag nicht erfordere, schon beginne, wenn auf Grund der Willensübereinstimmung von Arbeitgeber und -nehmer Arbeit geleistet werde und ende, wenn eine entgegenstehende Willenserklärung ausgesprochen sei und deshalb die Beschäftigung tatsächlich unterbleibe, ergibt sich eine andere Auffassung nicht. Wohl aber muß nach Rosin Arbeitsfähigkeit vorhanden sein. Wenn Rosin sagt, daß eine physische Unmöglichkeit der Arbeitsleistung die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses nicht hindere (Bd. II S. 49), so kann dies doch nur auf eine vorübergehende Behinderung bezogen werden und dementsprechend könnte auch für den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nur eine vorübergehende Behinderung unschädlich sein. Allein aus der Besitzanalogie, wonach der Besitz erst mit der tatsächlichen Verfügungsmacht vorhanden ist, und nur ein nachträglicher vorübergehender Verlust derselben nicht schadet, muß die Arbeitsfähigkeit schon zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses vorhanden sein.

Auch die Fortdauer desselben entscheidet sich nach analogen Grundsätzen wie die Fortdauer des Besitzes. Denn wie eine ununterbrochene Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft nicht erforderlich ist, sondern nur die Möglichkeit dazu vorhanden sein muß, so genügt auch hier die durch die Willensübereinstimmung des Arbeitgebers und -nehmers begründete tatsächliche Verfügungsmacht (S. 177). Wenn Rosin sagt, daß der Sachbesitz eine ununterbrochene Ausübung nicht erfordere, so ist dies insofern nicht genau, als zu seiner Fortdauer eine Ausübung überhaupt nicht erforder-

---

1) Bd. II S. 50 Anm. 25.

2) Reger Bd. 21 S. 48.

lich ist. Aus der Tatsache aber, daß auch nach Rosin die Möglichkeit dazu genügend ist, rechtfertigt sich die Annahme, daß es sich nur um eine irrtümlich unrichtige Ausdrucksweise handelt. Der Schluß, daß Rosin für das Beschäftigungsverhältnis eine, wenn auch nur unterbrochene Äußerung der Verfügungsmacht fordere, scheint daraus nicht gezogen werden können[1]), zumal auch er ausdrücklich nur die Fortdauer der Verfügungsmacht verlangt. Dies ist nicht nur der Fall während der Pausen und zur Nachtzeit, sondern auch während eines Urlaubs, zeitweiser Einstellung des Betriebes und Krankheit des Arbeiters, sofern er nicht entlassen wird. Da nämlich die Willensübereinstimmung nach Rosin dahin geht, daß dem Arbeitgeber die Arbeitskraft in bestimmtem Maße und in bestimmter Art zur Verfügung gestellt wird, so folgt nach ihm daraus, daß infolge der Vereinbarung die Verfügung während der Unterbrechung zwar ruht, aber in der Willensübereinstimmung beider Teile erhalten bleibt. Die Arbeiter stehen auch während dieser Zeit zur Verfügung des Arbeitgebers (S. 177 Anm. 9). Die Verfügungsmacht über deren Arbeitskraft bleibt gewahrt, auch wenn eine augenblickliche Verwertung derselben nicht möglich ist. Das Wesen des Besitzes als tatsächlicher Gewalt verlangt nach Rosin nicht etwa jederzeitige und sofortige Verwirklichung derselben, vielmehr ist der Besitz ein befestigter, auf die Dauer gerichteter Zustand. Dabei übersieht Rosin aber, daß er die Fälle der Krankheit und ähnlicher Behinderungen auch aus dem Satze herleiten kann, daß eine vorübergehende Unterbrechung des Besitzes nicht schadet: animo possessio retinetur! Von diesen Fällen abgesehen, wo die Verfügungsmacht ruhen soll, ist aber jedenfalls — obwohl Rosin darüber schweigt — die Arbeitsfähigkeit des Arbeiters Voraussetzung für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses. Denn die Möglichkeit, die in dem Besitze der Arbeitskraft eines

---

1) a. A. Schwenger S. 12.

Anderen gewährleistete Verfügungsmacht auszuüben, erfordert, daß diesem Dritten Arbeit tatsächlich geleistet werden kann.

Das Ende des Beschäftigungsverhältnisses tritt nach Rosin erst ein, wenn die tatsächliche Verfügungsmacht tatsächlich auch aufgehört hat (S. 177). Dieser Fall kann eintreten sowohl auf Grund beiderseitiger Willensübereinstimmung als auch infolge einseitiger Willenserklärung eines der Beteiligten, sei es z. B. Kontraktbruch des Arbeiters oder kontraktwidrige Entlassung durch den Arbeitgeber: „animo in contrarium acto kann kein Besitz bestehen“.

§ 5.

b) Hahn.

Die Grundgedanken der Rosinschen Lehre erscheinen in der Wissenschaft noch häufig wieder. Wenn auch eine direkte Bezugnahme auf die Besitzanalogie nicht gerade häufig ist, so ist doch ihr wesentlicher Inhalt, die tatsächliche Verfügungsmacht, die Grundlage, und man geht nicht fehl, wenn man die darauf aufgebauten, im einzelnen wohl hier und da abweichenden Ansichten zusammenfassend als die herrschende Lehre bezeichnet.

Nach Hahn ist ein Beschäftigungsverhältnis gegeben, solange der Arbeiter rechtlich und tatsächlich zur Verfügung des Arbeitgebers steht. Während bei Rosin jene beiden Erfordernisse nicht streng geschieden werden, erscheinen sie bei Hahn selbständig nebeneinander, ohne daß aber recht ersichtlich wird, in welcher wechselseitigen Beziehung sie zu einander stehen. Zur Begründung dieses doppelseitigen Beschäftigungsverhältnisses bezieht sich Hahn auf die Natur der Versicherungsgesetze als staatlicher Fürsorge. Durch sie werden dem Versicherten im Gegensatze zur Armenpflege feste Rechts-

ansprüche gewährleistet. Dieses hierin anerkannte Recht auf Hülfeleistung hat seinen Grund in der Teilnahme an der nationalen Arbeit. Wenngleich nach dem Gesetze das Versicherungsverhältnis ipso iure mit dem Vorhandensein eines bestimmten Tatbestandes entsteht, so ist doch dieser noch nicht durch die Arbeit als bloßes Faktum gegeben. Das Recht auf Fürsorge setzt vielmehr eine rechtliche Beziehung zweier Personen, des Arbeitgebers und -nehmers voraus, durch deren besondere Gestaltung ein staatliches Einschreiten notwendig geworden ist[1]).

Diese rechtliche Beziehung ist in der Regel nach Hahn zu sehen in dem privatrechtlichen Arbeitsvertrage. Zum Beweise bezieht sich Hahn auf § 2 Ziffer 3 KVG., wonach statutarisch der Versicherungszwang auf Familienangehörige erstreckt werden konnte, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt werden, und auf die Motive dazu, die betonen, daß der gesetzliche Versicherungszwang nur die Familienangehörigen ergreift, die auf Grund eines Arbeitsvertrages beschäftigt werden. Für das neue Recht entfällt allerdings diese Stütze der Hahnschen Beweisführung, da in dem die Versicherungsverhältnisse der Familienangehörigen regelnden § 176 Ziffer 2 RVO. der Ausdruck Arbeitsvertrag durch Arbeitsverhältnis ersetzt ist. Dagegen wird an anderer Stelle, wie schon im KVG., der Arbeitsvertrag erwähnt.

Wie schon bei Rosin, so ist auch bei Hahn der Arbeitsvertrag ein Gebilde eigener Art. Seine zivilrechtliche Natur bedingt nämlich nicht die Anwendung der zivilrechtlichen Normen schlechthin; vielmehr ergibt sich aus der Zugehörigkeit der Krankenversicherung zum öffentlichen Recht eine Beeinflussung der zivilrechtlichen Normen durch öffentlich rechtliche und umgekehrt. Das Sozialrecht ist nach Hahn ein in sich abgeschlossenes, aus sich heraus auszulegendes

---

1) Vergl. Hahn, Komm. S. 30 ff. und Verw.-Arch. Band 9 S. 221 ff.

Gebiet des öffentlichen Rechtes. Der Umstand, daß es in den auf Grund anderweitiger — zivilrechtlicher — Normen entstehenden Verhältnissen seinen Ursprung hat, bringt ein gegenseitiges Durchdringen der Rechtsgebiete mit sich, durch die die sich in dem zivilrechtlichen Arbeitsvertrage gründenden Beziehungen der beteiligten Personen einen zwar stark öffentlichrechtlichen Einschlag erhalten, ohne daß jedoch ihre zivilrechtliche Natur aufgehoben wird[1]). Diese erblickt Hahn lediglich darin, daß er als wesentlichen Inhalt eine Einigung dahingehend enthält, daß Dienste gegen Entgelt geleistet werden. Aus dem Umstand, daß die Krankenversicherung eine Beschäftigung gegen Entgelt voraussetzt und eine solche ohne Lohn — heute aber nur in der Regel[2]) — versicherungsfrei bleibt, folgert Hahn, daß das Lohnverhältnis ein Essentiale des Beschäftigungsverhältnisses in dem Sinne sei, daß zu seiner Entstehung nur die Einigung der Parteien darüber erforderlich ist, daß sich Dienste und Entgelt wie Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen müssen[3]). Da dieser Umstand allein die zivilrechtliche Natur des Arbeitsvertrages begründet, ist es nach Hahn ohne Belang, welche zivilrechtliche Gestaltung dieser Vertrag im einzelnen erhält; wenn nur dadurch zugleich auch der Arbeitnehmer in persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber tritt. In diesem Sinne stellt Hahn zunächst den Dienst- und Werkvertrag als mögliche Form des versicherungsrechtlichen Arbeitsvertrages einander gleich, und dies um so mehr, als eine scharfe Unterscheidung beider Vertragsformen schon rein zivilrechtlich unmöglich, in versicherungsrechtlicher Hinsicht es aber völlig unerheblich sei, welche Regelung die Parteien, rein zivilrechtlich betrachtet, ihren Rechtsbeziehungen geben. Es muß sich im Grunde nur um eine Vereinbarung

---

1) Verw.-Arch. Bd. 14 S. 403; Komm., Einl. S. 32, 33.

2) Ausnahme: Lehrlinge.

3) Verw.-Arch. Bd. 14 S. 403.

über eine Dienstleistung und ihr Äquivalent handeln. Unter diesen Voraussetzungen kann auch ein Pacht-, Miet- oder Gesellschaftsvertrag die Grundlage für ein versicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis abgeben, wenn nur anzunehmen ist, daß wirtschaftlich die Leistung von Diensten der Kern des Vertrages ist, das gewährte Benutzungs- oder Nutzungsrecht oder die Gewinnbeteiligung nur eine besondere Form der Lohnzahlung darstellen.

Die geringe Bedeutung, die Hahn der zivilrechtlichen Kennzeichnung des versicherungsrechtlichen Arbeitsvertrages beimißt, zeigt sich in dem Satze, daß das den Inhalt des Arbeitsvertrages bildende Lohnarbeitsverhältnis sich im Einzelfalle als einer der oben aufgeführten Verträge darstellen könne aber nicht müsse. Die Abstrahierung eines in sich selbständigen versicherungsrechtlichen Arbeitsvertrages stellt Hahn aber vor die Notwendigkeit, die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Regeln darzutun. In welcher Weise ihre Anwendung durch den öffentlichrechtlichen Charakter der Sozialgesetzgebung zurückgedrängt ist, läßt sich nach Hahn nicht allgemein bestimmen. Es muß vielmehr im Einzelfalle „ein den ethischen Aufgaben des Gesetzes entsprechendes, freies und billiges Ermessen“ obwalten[1]). Als feststehend erscheint bei Hahn nur, daß es nicht erforderlich ist, daß der Arbeitsvertrag in seiner konkreten Gestaltung zivilrechtlich nach allen Richtungen hin gültig ist. Unerheblich ist es, ob er mangels Geschäftsfähigkeit des Arbeiters, wegen eines sonstigen Mangels der Willenserklärung oder wegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz zivilrechtlich nichtig ist[2]). Die notwendige Einigung über das Arbeitsentgelt erhält in diesen Fällen ihre rechtliche Verwirklichung dadurch, daß dem Arbeiter ein Anspruch auf Vergütung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus

1) Komm., Einl. S. 31/32 (altes Recht).

2) Vergl. § 105, 117, 118, 134 BGB.

ungerechtfertigter Bereicherung gegeben ist. Das in diesen Ansprüchen liegende privatrechtliche Element der Leistungsansprüche der Versicherten gegen die Versicherungsträger soll auch den Arbeitsvertrag, als ihre Grundlage, zu einem privatrechtlichen machen (Einl. S. 32). Welche Grundsätze des Zivilrechts überhaupt zur Anwendung kommen, erhellt bei Hahn auch neuerdings[1]) nicht. Allenfalls läßt eine Bemerkung auf Seite 178, daß das Beschäftigungsverhältnis bei vorübergehender Unterbrechung weiter besteht, wenn nach dem wirklichen Willen der Beteiligten die Arbeitsverbindung fortdauere und die Entlassung nicht ernstlich gemeint sei, sondern nur zur Verdeckung der eigentlichen Absicht diene, den Schluß zu, daß jedenfalls auch hier eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig ist. Dasselbe wird im Sinne Hahns auch gelten müssen, wenn die vereinbarte Beschäftigung gegen die guten Sitten verstößt.

Das Lohnarbeitsverhältnis beruht nach Hahn nicht schlechthin, sondern nur in der Regel auf einem zivilrechtlichen Vertrage. Der Regel entsprechen aber Ausnahmen. Bei Hahn ist indessen nicht ersichtlich, welcher Art sie sind. Diese Unklarheit läßt es zu, daß sie sowohl aus der zivilrechtlichen als auch aus der Vertragsnatur des Lohnarbeitsverhältnisses hergeleitet werden können. Die erstere Möglichkeit kann aber als mutmaßliche Ansicht Hahns nicht angenommen werden, da bei ihm von anderen als zivilrechtlichen Grundlagen der Beschäftigung, namentlich von den Beamtenverhältnissen nicht die Rede ist. Es kann sich daher nur um eine zu enge Betrachtungsweise handeln und die Regel im Sinne Hahns kann nur in der Vertragsnatur der Beschäftigung gefunden werden. Eine Ausnahme davon findet Hahn bei Beantwortung der Frage, ob auch ein eigenmächtiges Eingreifen des Dienstleistenden in einen fremden Betrieb die Versicherung begründen könne. Hahn bejaht

---

1) Handbuch der Krankenvers. 1913.

diese Frage im Anschluß an die Rechtsprechung des RVA. in Unfallsachen, wonach ein Versicherungsverhältnis nicht nur durch einen, wenn auch stillschweigend geschlossenen Arbeitsvertrag, sondern auch dann begründet werden könne, wenn eine im Betriebe nicht beschäftigte Person in einer diesem Betriebe förderlichen und dem Willen des Unternehmers entsprechenden Weise in ihn eingreife. Nach Hahn ist dieser Grundsatz auch für die Krankenversicherung anwendbar und zwar in der vom RVA. auch für Unfallsachen angenommenen Erweiterung, daß anstelle des wirklichen der mutmaßliche Wille des Arbeitgebers genüge. Versicherungsrechtlich steht nach Hahn der zu vermutende Wille dem wirklichen Willen gleich, und da der Arbeiter nach den darnach anzuwendenden Rechtssätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 BGB. in Verb. mit §§ 675, 611, 612 BGB. Ersatz der Aufwendungen und sogar wie beim Dienst- und Werkvertrage eine angemessene Vergütung verlangen kann, so liegt ein versicherungsrechtliches Lohnarbeitsverhältnis vor[1]).

Während nach Rosin die tatsächliche Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers durch den privatrechtlichen Arbeitsvertrag begründet wird, erhellt bei Hahn nicht mit genügender Sicherheit, wie der privatrechtliche Arbeitsvertrag mit der tatsächlichen Verfügungsmacht im Zusammenhange steht. Doch scheint Hahn eine gegenseitige Bedingtheit nicht anzunehmen, wenn er sagt, Beschäftigung bedeute das der Regel nach auf einem Arbeitsvertrage beruhende, durch die Anstellung oder den Antritt zur Arbeit in Wirksamkeit getretene Verhältnis usw.[2]). Ein anderweitiger Anhaltspunkt, der einen bestimmteren Schluß auf das Wesen der Verfügungsmacht zuläßt, findet sich nicht. Doch liegt auch bei Hahn in der tatsächlichen Ver-

---

1) Verw.-Arch. Bd. 9 S. 224/25.

2) Komm. S. 177.

fügungsmacht ein Willensmoment, da das Beschäftigungsverhältnis beginnt, sobald sich der Arbeiter dem Arbeitsherrn zur Verfügung gestellt hat (S. 177 a. a. O.).

Beginn, Fortdauer und Ende des Beschäftigungsverhältnisses sind bei Hahn eingehend behandelt; jedoch mehr in der Form auszugsweiser Wiedergabe von Entscheidungen als in systematischer Entwickelung seines Gedankenganges.

Der Beginn des Versicherungsverhältnisses mit dem „Zurverfügungstehen“ des Arbeiters setzt tatsächliche Arbeitsleistung nicht voraus; vielmehr kann es schon beginnen, ehe tatsächlich Arbeit geleistet wird. Deshalb hat ein Arbeiter bereits Anspruch auf die gesetzmäßigen Leistungen, wenn er bei der Meldung zur Arbeit angewiesen wird, sich nach einem bestimmten Arbeitsplatze zu begeben, und wenn er auf dem Wege dahin erkrankt. Aus dieser Anschauung heraus ist die Bemerkung Hahns, ein vor dem tatsächlichen Beginne der Beschäftigung gelöstes Arbeitsverhältnis begründe die Versicherung nicht, nur so zu verstehen, daß mit dem tatsächlichen Beginn der Beschäftigung das Zurverfügungstehen, nicht aber die tatsächliche Arbeitsleistung gemeint ist. Damit stimmt der von Hahn an oben genannter Stelle angeführte Fall überein, wonach die Erkrankung auf dm Wege zum Antritt einer neuen Arbeit einen Anspruch gegen die neue Kasse nicht begründet. Krankheit schließt die tatsächliche Verfügungsmacht und damit den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nicht aus, selbst nicht Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 182 Ziffer 2 RVO., d. h. wenn der Arbeiter ohne Gefahr der Verschlimmerung seines Leidens die Arbeit nicht fortsetzen kann. Dagegen darf er nicht für seinen Arbeitgeber völlig arbeitsunfähig sein. Aus der Verneinung des wirtschaftlich erheblichen Wertes der von einem kranken Arbeiter geleisteten Arbeit ergibt sich der Begriff des „mißglückten Arbeitsversuches“ (S. 178/79). Danach erscheint es in Ermangelung einer An-

deutung zweifelhaft, ob Hahn seinen früher eingenommenen Standpunkt[1]) aufrecht erhält, wonach eine tatsächliche Behinderung in der Ausübung der übernommenen Beschäftigung infolge vorübergehender völliger Arbeitsunfähigkeit das Beschäftigungsverhältnis vor ihrer Behebung zu begründen im Stande ist. Denn von einer tatsächlichen Verfügungsmacht ist doch dann nicht die Rede, wenn jede Möglichkeit ihrer Ausübung fehlt.

Nach allem ist entscheidend für den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses der Eintritt der rechtlichen (Arbeitsvertrag) und tatsächlichen Verfügungsmacht, ohne daß eine Verwirklichung der letzteren erforderlich wäre.

Aus denselben Gesichtspunkten ist auch das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses zu beurteilen. Selbst Unterbrechungen der verschiedensten Art heben es nicht notwendig auf. Zur Erklärung dieser Fälle muß Hahn die tatsächliche Gewalt als ein Willensverhältnis anerkennen; denn Ruhepausen, Unterbrechungen des Betriebes, Urlaub, Erkrankungen usw. sollen auf das Beschäftigungsverhältnis dann ohne Belang sein, wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien die unterbrochene Arbeit nach Beendigung der Unterbrechung wieder fortgesetzt werden soll. Der Inhalt der Verfügungsmacht wird also auch hier, wie bei Rosin, durch die Willenseinigung beider Teile bestimmt, wobei aber die unnatürliche Annahme eines Ruhens der tatsächlichen Verfügung dadurch vermieden wird, daß dieser Wille nur auf die Arbeitsleistung vor und nach der Unterbrechung gerichtet ist, sodaß in den Zwischenzeiten eine Verfügungsmacht überhaupt nicht besteht. Die Annahme eines derartigen Willens wird nach Hahn zur Fiktion, wenn während der Unterbrechung der Lohn weiter bezahlt wird, während andererseits auch ein dahingehender Wille bei Ermangelung

1) Komm. z. KVG. S. 28.

einer die Beitragszahlung ermöglichenden Lohnzahlung nicht in Betracht kommt, es sei denn, daß es sich um kurze Unterbrechungen handelt. Das Beschäftigungsverhältnis ist eben nach Hahn ein Lohnarbeitsverhältnis.

Das Ende des Beschäftigungsverhältnisses tritt ein mit der „wirklichen Lösung des Beschäftigungsverhältnisses". Dazu ist eine unzweideutige Erklärung von einer Seite erforderlich. Genügend ist auch der Eintritt eines in den Arbeitsvertrag als Endbedingung aufgenommenen Ereignisses. Ob die Entlassung durch den Arbeitgeber oder die einseitige Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter zivilrechtliche Ansprüche auf Lohn fortbestehen läßt oder ob Schadenersatzansprüche wegen Kontraktbruches erzeugt werden, ist ohne Belang für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Vielfach zweifelhaft und Tatfrage ist, ob eine Entlassung mit Aussicht auf Wiedereinstellung oder aber eine Unterbrechung der Beschäftigung ohne Lohnzahlung vorliegt.

c) Hoffmann.

Auch Hoffmann faßt das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses als Lohnarbeitsverhältnis auf[1]) und steht somit auf dem Hahnschen Standpunkt, nur daß sich bei ihm eine systematische Untersuchung fast ganz vermissen läßt und sich auch im einzelnen bisweilen Abweichungen ergeben.

Nach Hoffmann beruht die tatsächliche Verfügungsmacht auf einem Arbeitsvertrage im Sinne Hahns. Der zivilrechtliche Charakter der Beschäftigung ist nur für ihre wirtschaftliche Seite, für die Unterscheidung zwischen Arbeiter und Unternehmer von Bedeutung. Noch weniger

---

1) Komm. S. 117 ff.

wie bei Hahn ist hier der Zusammenhang zwischen dem Arbeitsvertrage und der tatsächlichen Verfügungsmacht ersichtlich.

Der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ist auch hier erst mit dem Eintritt der Verfügungsmacht gegeben. Nur in wenigen Punkten ergeben sich Abweichungen von Hahn. Während nach Hahn die die Verfügungsmacht begründende Willenseinigung nur auf die Zeit vor und nach der Arbeitsunterbrechung gerichtet ist, erscheint bei Hoffmann die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses deshalb gegeben, weil der Arbeitsvertrag fortbesteht und der Arbeiter auch während der Unterbrechung zur Verfügung des Arbeitgebers bleibt (S. 117). Unbeantwortet bleibt aber, worin denn in den Fällen der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit die Verfügungsmacht liegen soll.

Obwohl Hoffmann das Lohnarbeitsverhältnis verlangt, hält er doch eine Lohnzahlung während der Unterbrechung nicht für notwendig. Er verlangt vielmehr nur, daß vor und nach derselben eine die Beitragszahlung ermöglichende Lohnzahlung stattfindet.

d) v. Frankenberg.

Neuerdings hat v. Frankenberg[1]) den Rosinschen Besitzgedanken wieder aufgegriffen. Seine Ausführungen lassen aber ein Eingehen auf den Kern der zur Erörterung stehenden Fragen vermissen. Sie beschränken sich darauf, die Lehre vom Beschäftigungsverhältnis hinsichtlich des Beginnes, der Fortdauer und des Endes im einzelnen kasuistisch auszugestalten. Mit Rosin — im Gegensatz zu Hahn und

---

1) Düttmann mit Appelius, Brunner, v. Frankenberg, Meinel, Jancke, Seelmann, RVO. Bd. 2.

Hoffmann — vermeidet zunächst v. Frankenberg die Hereinziehung der Lohnfrage in die Definition des Beschäftigungsverhältnisses. Ebensowenig hält er wie Rosin einen Arbeitsvertrag für nötig, der zwar regelmäßig die Quelle des Beschäftigungsverhältnisses sei, von dessen Bestehen dieses aber nicht abhänge (S. 22/23 Nr. 18). Eine Übereinkunft der Parteien ist aber auch nach v. Frankenberg erforderlich; denn die tatsächliche Verfügungsmacht ist nur für die Zeit vorhanden, auf die sich ihr übereinstimmender Wille bezieht (S. 22 Nr. 18). Ob diese Einigung lediglich tatsächlicher Natur ist, oder ob und inwiefern sie rechtlichen Charakter trägt, sagt v. Frankenberg nicht. Doch wird man kaum fehlgehen, wenn man — mangels eines Gegenbeweises — diese Einigung als eine zivilrechtliche ansieht. Denn wenn nach v. Frankenberg Geschäftsführung ohne Auftrag keine Versicherungspflicht begründet (S. 22 Nr. 17c), wenn bei der Beschäftigung von Angehörigen zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses die Absicht einer vertragsmäßigen Bindung vorhanden sein muß und mangels einer Festsetzung der Arbeitsverrichtungen und der dafür zu gewährenden Barleistungen ein Arbeitsvertrag nicht anzunehmen ist (S. 27 Nr. 23), so folgt daraus, daß nach v. Frankenberg die Übereinkunft, die für die „Dienstbereitschaft" und die „Verfügungsmacht" des Arbeitgebers maßgebend ist, der Inhalt eines, wenn auch nicht notwendig nach allen Richtungen hin gültigen zivilrechtlichen Vertrages ist. Sollte in seinem Sinne die Einigung nur tatsächlicher Natur sein, so ergäbe die ausdrückliche Erwähnung der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Arbeitsvertrages keinen Sinn.

Im einzelnen sind die Ausführungen v. Frankenbergs eine Zusammenstellung von Rechtssätzen aus gerichtlichen Erkenntnissen und bieten gegenüber den erörterten Ansichten keinerlei bedeutsame Abweichungen. Hervorgehoben

sei nur, daß er mit Rosin auch während der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses eine Fortdauer der Verfügungsmacht und dementsprechend wohl auch ein Ruhen der tatsächlichen Verfügung annimmt (S. 24 Nr. 21).

e) Praxis.

In den dargestellten Ansichten sind zum größten Teile auch die Anschauungen der Praxis, insbesondere der bisher maßgebenden höchsten Gerichte, des Reichsversicherungsamts und des preußischen Oberverwaltungsgerichtes zum Ausdruck gekommen. Aus der Fülle der einzelnen Entscheidungen erhellt im ganzen der Standpunkt, den Hahn, Hoffmann und v. Frankenberg einnehmen. Eine durchgeführte Ansicht findet sich kaum. Es ist davon die Rede, daß ein gültiger zivilrechtlicher Vertrag nicht nötig, daß vielmehr der Eintritt der Verfügungsmacht maßgebend sei. Einen Ansatz zu einer ausführlichen Entwickelung macht das RVA. in seiner Anleitung über den Kreis der versicherungspflichtigen Personen, ohne daß allerdings dadurch für die theoretische Erkenntnis viel gewonnen wäre. Es spricht lediglich davon, daß aus dem Wesen des Lohnarbeitsverhältnisses als einem Verhältnisse persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit sich notwendig in einzelnen Beziehungen Abweichungen von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise ergeben. Daher sei ein zivilrechtlich gültiger Vertrag im allgemeinen nicht notwendig. Im einzelnen werden dann die Vertragstypen aufgezählt, die ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen geeignet sind.

Doch neigt, wie aus den Erkenntnissen hervorgeht, die Praxis immer mehr dahin, die tatsächliche Natur des Beschäftigungsverhältnisses zu betonen.

§ 6.

3. Die öffentlichrechtlichen Theorien.

Die bisher dargestellten Ansichten gingen mehr oder minder alle von der Annahme des an sich zivilrechtlichen Arbeitsvertrages aus. Dieser zivilrechtlichen Auffassung gegenüber sucht sich neuerdings eine andere Richtung Geltung zu verschaffen, die ein versicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis im eigentlichsten Sinne annimmt. Man geht noch einen bedeutsamen Schritt weiter, indem man sagt, der zivilrechtliche Vertrag wird nicht nur modifiziert durch die Sozialgesetzgebung, nein, er ist nach dem Willen des Gesetzes für das Beschäftigungsverhältnis ganz bedeutungslos.

a) Stier-Somlo[1]).

Stier-Somlo hält den zivilrechtlichen Arbeitsvertrag für die Frage der Versicherungspflicht einer Beschäftigung überhaupt für unerheblich. Das Gesetz setzt nach ihm einen Arbeitsvertrag erweislich nirgends voraus. Das Beschäftigungsverhältnis ist „ein vom öffentlichen Recht mit der Eigenschaft einer subjektiven Voraussetzung der Versicherungspflicht ausgestattetes freiwilliges Tätigsein mit Willen und Wissen des Unternehmers“ (S. 132 a. a. O.). Das Wesentliche ist darnach auch hier eine Willensübereinstimmung; unerheblich ist aber ihre besondere Kennzeichnung nach Maßgabe des Zivilrechts. Auf den von den Gegnern, besonders von Hahn, zur Stütze ihrer gegenteiligen Ansicht angeführten § 2 Ziffer 3 KVG. kann nach Stier-Somlo keinerlei Gewicht gelegt werden. Denn dieser Fall sei die einzige

1) Vergl. zum Folgenden insbes. die Ausführungen in „Deutsche Sozialgesetzgebung“, auf die auch die Zitate in diesem Abschnitt verweisen.

Ausnahme von dem eingangs aufgestellten Satze und daraus zu erklären, daß das Gesetz durch das hier aufgestellte Erfordernis des Arbeitsvertrages eine feste Abgrenzung des Beschäftigungsverhältnisses der Familienangehörigen gegenüber nur gelegentlicher, freiwilliger Mithilfe zu geben bestrebt war. Eine doppelte Inkonsequenz der Gegner liege darin, daß sie in der Regel einen zivilrechtlichen Arbeitsvertrag verlangten, aber nicht angeben, wann die Ausnahme vorliege, und daß sie ferner auch die zivilrechtliche Gültigkeit dieses Vertrages nicht für nötig hielten und sich damit begnügten, daß nach dem ausdrücklichen oder stillschweigend erklärten Willen der Beteiligten eine Leistung von Diensten gegen Entgelt vorliege, wenn auch letzteres wegen Ungültigkeit des Arbeitsvertrages nur nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag und die ungerechtfertigte Bereicherung rechtlich zu begründen sei. Sein Urteil über diese Lehre faßt Stier-Somlo dahin zusammen, daß sie die Eierschalen privatrechtlicher Betrachtungsweise noch nicht abgestreift habe (S. 132). Besonders wendet er sich gegen die Art und Weise, wie die Gegner die zivilrechtliche Natur des Arbeitsvertrages aufgefaßt wissen wollen. Entweder müsse ein zivilrechtlicher Arbeitsvertrag vorliegen, dann aber mit all seinen Merkmalen, oder aber er sei überhaupt nicht nötig. Da sich aber aus dem Gesetze das Erfordernis eines zivilrechtlichen Arbeitsvertrages nicht erbringen lasse, so liege dem Beschäftigungsverhältnis auch jedes zivilrechtliche Vertragsmoment fern. Möglicherweise können aber im Einzelfalle die Merkmale eines zivilrechtlichen Vertrages vorhanden sein. Berücksichtigt wird nach Stier-Somlo dieser Fall bei der Definition des dauernden Beschäftigungsverhältnisses als eines solchen, das nicht durch den Arbeitsvertrag auf weniger als eine Woche beschränkt ist.

Ferner scheint Stier-Somlo, wie aus seinen Ausführungen hervorgeht, das Vorschieben der tatsächlichen

Verfügungsmacht als eigentlichen Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses zu verwerfen. Vielmehr kommt es ihm bei der Untersuchung, ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, nur darauf an, ob jene Willensübereinstimmung vorhanden ist, als deren Folge dann allenfalls von einem Verhältnis tatsächlicher Verfügungsmacht gesprochen werden könne (S. 132 Anm. 58).

Im praktischen Endergebnis gelangt Stier-Somlo indessen nicht zu wesentlichen Abweichungen von der zivilrechtlichen Auffassung. Das Beschäftigungsverhältnis beginnt nach ihm mit dem Vorhandensein der Bereitwilligkeit des Arbeiters zur Arbeit und der Annahme dieser Bereitwilligkeit durch den Arbeitgeber, vorausgesetzt aber, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird (S. 135). Es genügt darnach nicht eine bloße bestehende Verfügungsmacht des Arbeitgebers zu seinem Beginne, sie muß auch schon ausgeübt sein. Niemals aber genügt zum Beginn der Eintritt der tatsächlichen Verfügungsmacht durch einseitige Dienstbereitschaft des Arbeiters, weshalb nach Stier-Somlo folgerichtig durch Geschäftsführung ohne Auftrag niemals eine versicherungspflichtige Beschäftigung begründet werden kann. In Bezug auf die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses ist ununterbrochene Tätigkeit nicht nötig, wenn nur die besagte Willensübereinstimmung gewahrt bleibt. Deshalb endigt es durch Ruhepausen an Sonn- und Werktagen, durch Unterbrechung des Betriebes, durch Urlaub und dergleichen nicht (S. 134/35), wenn nicht durch die Umstände, aus denen heraus die Unterbrechung der Arbeit erfolgt, mit logischer Notwendigkeit eine Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gefolgert werden muß. Dies ist der Fall z. B. bei längeren Freiheitsstrafen, militärischen Übungen usw., in welchen Fällen nur eine ausdrückliche Erklärung über das Fortbestehen diese Vermutung entkräftigen kann (S. 136).

Das Beschäftigungsverhältnis endet mit der Willensübereinstimmung der Parteien.

Neuerdings[1]) hat Stier-Somlo seinen Standpunkt verlassen und sich — bewußt oder unbewußt muß dahingestellt bleiben — mit seiner früheren Lehre in Widerspruch gesetzt.

Zunächst ist für die Entstehung des Beschäftigungsverhältnisses tatsächliche Arbeitsleistung nicht mehr erforderlich. Es genügt vielmehr, wenn die Willenseinigung der Beteiligten vorhanden ist. Auch im übrigen stimmt jetzt Stier-Somlo mit der herrschenden Meinung insofern überein, als das Beschäftigungsverhältnis auf einem Arbeitsvertrag beruht. Das ergibt sich an anderer Stelle auch daraus, daß für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses trotz Unterbrechens der tatsächlichen Arbeit die Aufrechterhaltung des vertraglichen Arbeitsverhältnisses für maßgebend erklärt wird. Ungeklärt bleibt die Tatsache, daß Stier-Somlo jetzt die tatsächliche Verfügungsmacht des Arbeitgebers für das Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses für maßgeblich erachtet, trotzdem er früher dargetan hat, daß diese nicht primär als Voraussetzung, sondern nur sekundär als Folge des Beschäftigungsverhältnisses in Betracht komme und nur ein Beweis für sein Vorhandensein sei.

b) Schwenger.

Die von Stier-Somlo verfochtene Unabhängigkeit des Beschäftigungsverhältnisses von jeder zivilrechtlichen Betrachtungsweise ist von Schwenger[2]) aufgegriffen und, wenn auch im einzelnen abweichend, systematisch durchgeführt worden. Unter ausdrücklicher Mißbilligung der von Hahn vertretenen Auffassung, daß die Sozialgesetzgebung eine enge Verknüpfung des Zivilrechts mit dem öffentlichen Rechte darstelle,

---

1) Handbuch 1913 zu § 165 S. 138.

2) Beschäftigung als Grundlage der Arbeiterversicherungspflicht. Bonner Diss. 1910.

sieht er diese als einen in sich völlig abgeschlossenen, aus sich heraus auszulegenden Zweig des öffentlichen Rechtes an, der ein Zurückgreifen auf zivilrechtliche Grundsätze nur da gestatte, wo sie in Bezug genommen sind. Als Beweis hierfür bringt er allerdings nur die Feststellung, daß der von der herrschenden Lehre festgehaltene zivilrechtliche Arbeitsvertrag die Anwendung von Zivilrechtssätzen fast nirgends zulasse und daß auch die Beamtenverhältnisse eine versicherungspflichtige Beschäftigung begründen[1]).

Die Beschäftigung beruht auch nach Schwenger auf der Willensübereinstimmung über das Beschäftigtwerden des Arbeiters durch den Arbeitgeber (S. 42). Ihre Notwendigkeit folgt schon aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, das von Personen spricht, die beschäftigt werden und so auf eine wechselseitige Beziehung beider hinweist. Der ausführliche Nachweis des Vorhandenseins dieser Einigung endet mit ihrer Charakterisierung als Vertrag. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre sieht Schwenger schon in der Erwähnung des Arbeitsvertrages eine authentische Interpretation des Beschäftigungsverhältnisses (S. 22). Auch „gehe der Wille des Gesetzes erkennbar auf das Erfordernis des Arbeitsvertrages". Ein wirklicher Beweis für die Vertragsnatur wird jedoch nicht geführt. Schwenger geht vielmehr von dem thema probandum aus, indem nach der ganzen Anlage der Versicherungsgesetze die Willensübereinstimmung „naturgemäß" immer auf einem Arbeitsvertrag beruhen soll. Eine Bezugnahme auf den Vertrag als Voraussetzung der Versicherungspflicht finde sich im Gesetze um deswillen nicht, weil ohne ihn ein Beschäftigungsverhältnis nicht entstehen könne. Jedoch weise die gelegentliche Erwähnung des Arbeitsvertrages im KVG. darauf hin, daß er als selbstverständliche Voraussetzung angesehen werde. Aus den diesen Vertrag erwähnenden Bestimmungen gehe das unbedingte

1) Vergl. insb. S. 25, 26, 28 u. a.

Erfordernis des Arbeitsvertrages hervor. Während aber nach den Regeln strenger Beweisführung aus dieser Erwähnung im Gesetze zunächst nur erhellt, daß der Arbeitsvertrag bei der Entstehung des Beschäftigungsverhältnisses eine Rolle spielt oder spielen kann, glaubt Schwenger damit auch zugleich den Beweis erbracht zu haben, daß er mit ihm identisch ist im Sinne der Willenserklärung über die Arbeitsleistung und beschränkt sich mit einem Sprunge über diese Lücke der Beweisführung auf den Nachweis der öffentlichrechtlichen Natur dieses Vertrages, den er aber wegen des eingangs erwähnten Grundsatzes, daß das Sozialrecht aus sich allein heraus zu verstehen sei, nur deshalb zu erbringen für nötig hält, weil die herrschende Lehre auf dem zivilrechtlichen Standpunkte steht (S. 44).

Ausschlaggebend ist nach Schwenger für die privat- oder öffentlichrechtliche Natur eines Vertrages die ihm innewohnende Tendenz. Deshalb verwirft Schwenger die herrschende Lehre, die aus der Hineinbeziehung des Entgeltes den zivilrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages begründen will. Die Tendenz des zivilrechtlichen Vertrages geht nach Schwenger auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten, ohne die soziale Verschiedenheit der Beteiligten zu berücksichtigen, die des versicherungsrechtlichen Vertrages geht dahin, eine wirtschaftliche Abhängigkeit herbeizuführen. Nicht erörtert wird dabei aber, worin die Tendenz des Oberbegriffs des öffentlichrechtlichen Vertrages liegt. Auch wird die Beweisführung schon durch den Zusatz wieder abgeschwächt, daß die letzterwähnte Tendenz „in gewissen Tatsachen kraft Gesetzes immer liege", wonach es also auf einen dahingehenden Willen gar nicht ankommt. Trotzdem die zugrunde liegenden Tatsachen nicht mit dem Vertrage identisch sein sollen, unterscheidet Schwenger nicht zwischen der jenen und der diesem innewohnenden Tendenz. Unerfindlich aber ist es, was Schwenger meint, wenn er sagt, es sei einerlei, ob die Tatsachen, die dem versicherungsrechtlichen

Vertrage zu Grunde liegen, auch eine zivilrechtliche Tendenz haben, völlig unrichtig aber sei es zu sagen, der versicherungsrechtliche Vertrag habe eine zivilrechtliche Tendenz. Denn wenn mit Schwenger diese Tatsachen gegebenenfalls zivilrechtliche Tendenz haben, m. a. W. der versicherungsrechtliche Arbeitsvertrag auch die Voraussetzungen eines zivilrechtlichen erfüllt, so hat er eben ein zivilrechtliches Prinzip. Sieht man darin nur eine unklare Ausdrucksweise, so muß als Ansicht Schwengers angenommen werden, daß ein und dieselben Tatsachen, also z. B. die Einigung über die Leistung von Diensten gegen Entgelt in ihrem ersten Teile einen versicherungsrechtlichen Vertrag, in ihrem ganzen Umfange aber einen zivilrechtlichen Dienstvertrag darstellen. Da sich indessen das Beschäftigungsverhältnis in erster Linie nach den öffentlichrechtlichen Vorschriften der RVO. richten, so muß Schwenger notwendigerweise die Möglichkeit zugeben, daß ein von den Parteien geschlossener Vertrag, vermöge der den Tatsachen innewohnenden doppelten Tendenz in Wahrheit zwei Verträge verschiedenen rechtlichen Charakters sind. Dabei widerspricht sich Schwenger in gewissem Maße selbst, wenn er zunächst diesen Fall nur als möglich und unerheblich hinstellt (S. 33), an anderer Stelle aber einen auf einem zivilrechtlichen Vertrage beruhenden, zum Abschluß des Beschäftigungsverhältnisses verpflichtenden „Pflichtwillen“ als regelmäßig vorhanden ansieht (S. 50/51).

Fraglich erscheint weiter, aus welchen Gründen Schwenger die Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes über die Willenserklärungen teils direkt, teils mit willkürlichen Abweichungen auf seinen Arbeitsvertrag zur Anwendung bringt. Es ist nach Schwenger für die Erklärung des Willens wie im BGB. die Erklärungstheorie maßgebend mit ähnlichen Abweichungen, wie sie das BGB. in den §§ 117—119 kennt. Desgleichen kommen auch die Vorschriften über Willensmängel uneingeschränkt zur Anwendung. So ist ein geheimer

Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, bedeutungslos; eine in beiderseitigem Einverständnis nur zum Scheine abgegebene Erklärung ist nichtig. Ein von einer Seite zum Schein erklärter Wille soll dagegen keine Berücksichtigung finden, wenn der andere Teil den Mangel des Ernstes kennen mußte; der in Folge Irrtums, Drohung oder Täuschung erklärte Wille soll aber soweit als tatsächlicher Wille in Betracht kommen, als der Gegner ihn dafür halten mußte. Dagegen ist die Frage der Geschäftsfähigkeit geflissentlich umgangen und nur erwähnt, daß auch die natürliche tatsächliche Willensfähigkeit eines Geisteskranken genügend ist.

Im einzelnen ergeben sich Beginn, Fortdauer und Ende des Beschäftigungsverhältnisses als Konsequenzen der Theorie Schwengers. Unerfindlich ist nur, warum für seinen Beginn nicht der Vertragswille entscheidet, da er doch mit dem öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrage identisch ist. Statt dessen erklärt Schwenger (Seite 50), es sei der tatsächliche Wille maßgebend, den die objektive Feststellung ergebe. Man kann allerdings zweifelhaft sein, ob tatsächlicher Wille hier im Sinne von erklärter Wille und nicht im Gegensatz zum rechtlichen Willen gemeint ist. Allein, wenn nach Schwenger der Arbeitsvertrag in bindender Absicht geschlossen wird, also auch eine Verpflichtung erzeugt — wenn auch nicht eine zivilrechtlich erzwingbare —, so erhellt doch aus der gleichen Stelle, daß Schwenger in den praktischen Folgerungen sich über seine Theorie hinaussetzt, wenn er erklärt, der von dem tatsächlichen Willen verschiedene Pflichtwille auf Grund eines Vertrages komme nicht in Betracht. In demselben Sinne äußert er sich an anderer Stelle (S. 51), die Feststellung des das Beschäftigungsverhältnis begründenden Willens sei nicht dem Arbeitsvertrage zu entnehmen, denn dieser schaffe nur einen Pflichtwillen. Infolge der Unklar-

heit dieser Ausführungen besteht auch die Möglichkeit, daß Schwenger hier den zivilrechtlichen Arbeitsvertrag im Auge hat. Allein, wenn er nur die dadurch begründete Verpflichtung als Pflichtwille bezeichnet, so leugnet er praktisch damit die Vertragsnatur seines Arbeitsvertrages, indem dieser dann als ein die Parteien nicht bindendes und zu nichts verpflichtendes Willensverhältnis erscheint. All diese Zweifel lassen sich indessen bei Schwenger nicht weiter aufklären.

II. Hauptabschnitt.

Kritische Betrachtung.

1. Vorbemerkung.

Der Überblick über den gegenwärtigen Stand der Lehre erhält seinen Wert erst durch die Kritik. Maßstab hierfür ist in erster Linie das Recht der RVO.; daneben kommt auch das alte KVG. in Betracht. Denn wenn auch die einzelnen Verfasser meist noch auf dem Boden des KVG. fußen, so ist doch, was nochmals betont werden mag, zu beachten, daß eine Wesensverschiedenheit in den grundlegenden Fragen, soweit sie hier interessieren, zwischen dem KVG. und der RVO. nicht vorhanden ist. Wenn daher die RVO. im einzelnen auch in ihrer Ausdrucksweise einer fortgeschrittenen Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses Rechnung getragen hat, so gibt uns dieser Umstand nur einen Prüfstein mehr für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der vor ihr entwickelten Theorien.

§ 7.

2. Kritik der gemeinsamen Grundlagen.

Ausgangspunkt ist bei allen — ausdrücklich[1]) oder stillschweigend — der Satz, daß nicht die tatsächliche Arbeitsleistung an sich, sondern die darauf zielende Willenseinigung

1) Rosin Bd. 1 S. 174, Hahn, Verw.-Arch. Bd. 9 S. 221.

des Arbeitgebers und -nehmers Grundlage der Versicherungspflicht ist. Dies ist, wie schon oben § 2 ausgeführt ist, richtig und auch jetzt in der RVO. formell dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie in dem dem § 2 Ziffer 3 KVG. entsprechenden § 176 Ziffer 2 RVO. das Arbeitsverhältnis als Voraussetzung der Versicherungspflicht ausdrücklich erwähnt. Die größten Verschiedenheiten ergeben sich aber bei seiner näheren Bestimmung. Übereinstimmung herrscht nur darin, daß sein Charakter sich nicht in einer Aufzählung einzelner Vertragstypen, sei es solcher des Zivilrechts, wie Dienst-, Werk- und Gesellschaftsvertrag, seien es Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes, erschöpfen könne. Diese Ansicht entspricht dem Standpunkte des Gesetzes. In Ermangelung einer gesetzlichen Definition, abgesehen von der gelegentlichen Erwähnung des Beschäftigungsverhältnisses und des Arbeitsvertrages, ist dieser durch Auslegung zu ermitteln. Hierzu bieten eine Handhabe die Geschichte des Gesetzes, sein systematischer Aufbau und nicht zuletzt die aus den gesetzlichen Zielen herzuleitenden Zweckmäßigkeitsgründe. Der erste Gesichtspunkt ist hier indessen nicht von großer Bedeutung, da die zu erörternden Fragen noch verhältnismäßig neu sind und nur bis zur Zeit des Entstehens des alten KVG. zurückgegangen werden kann. Aus dem Zusammenhange der Gesetzesbestimmungen ergibt sich ebensowenig, daß das Arbeitsverhältnis und der Arbeitsvertrag in der Bedeutung bestimmter Vertragstypen gemeint sind. Die einzige ergiebigere Erkenntnisquelle für die grundlegende Frage ist der Zweck des Gesetzes. Dieser geht nicht so sehr aus der allgemeinen Begründung der RVO. und des alten KVG. als aus den die Versicherungsgesetzgebung einleitenden Kaiserlichen Verordnungen vom 17. November 1881 und vom 25. Juni 1888 hervor. Die Linderung der Not der arbeitenden Klassen, ihr Schutz gegen die Ausbeutung ihrer Arbeitskraft ist darnach das erstrebte Ziel. Die Umgrenzung des Begriffes der arbeitenden Klassen mochte anfangs zur Zeit

des KVG. in den privatrechtlichen Verhältnissen der Arbeiter und der ihnen nahestehenden auf privatrechtlicher Grundlage Beschäftigten gefunden werden, demgegenüber die Einbeziehung der öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnisse als Ausnahme erschien. Diese Auffassung war immerhin gerechtfertigt durch die Fassung des KVG. Im § 1 desselben waren als Regel die in gewissen Betrieben auf privatrechtlicher Grundlage beschäftigten Personen aufgeführt, während im § 2a anhangsweise Beamte unter bestimmten Voraussetzungen der Versicherung unterworfen werden konnten durch Anordnung zentraler Behörden. Die RVO. bestimmt jedoch in § 165 schlechthin den Umfang der gesetzlichen Versicherungspflicht. Die §§ 169—172 behandeln die Fälle, in denen gewisse Beamtengruppen ausnahmsweise von der Versicherung frei sind. Mochten für das KVG. Zweifel bestehen, so ist jetzt auch formell anerkannt, daß im Sinne des Gesetzes die Milderung der wirtschaftlichen Not aller Klassen der in untergeordneten Stellungen tätigen Bevölkerung ins Auge gefaßt ist. Liegt es aber im Sinne des Gesetzes, die produktive Arbeit als solche als Quelle der nationalen Existenz zu schützen, so ergibt sich als logische Notwendigkeit der Schluß, daß das Eingreifen des Versicherungszwanges mithin nicht von dem Bestehen eines gültigen Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Arbeit geleistet wird, abhängig gemacht werden kann. Die hier in Frage kommenden Fälle sind namentlich die der mangelnden Geschäftsfähigkeit und der verbotswidrigen Beschäftigung im Sinne der Gewerbeordnung. An sich steht dem nichts im Wege, sie als Ausnahmen von dem Erfordernisse einer gültigen materiellrechtlichen Verpflichtung zu betrachten. Allein dann müßte doch aus dem Gesetze hervorgehen, daß es in der Regel einen gültigen Vertrag voraussetze. Dies ist nirgends der Fall. Es bleibt also keine andere Möglichkeit als die, den Begriff des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses so weit zu fassen, daß er auch diese Fälle mitumschließt. Die RVO.

gibt selbst ein Fingerzeich dafür. Der Gebrauch des Ausdrucks Beschäftigungsverhältnis in § 176 Ziffer 2 anstelle von Arbeitsvertrag in § 2 Ziffer 3 KVG. und im Gegensatz zu anderen Stellen der RVO., wo stets von Arbeitsvertrag die Rede ist, läßt schon, sofern nicht, was aber nicht anzunehmen ist, die zwiespältige Ausdrucksweise eine zufällige ist, auf eine verschiedene Bedeutung beider Begriffe schließen. Der Beweis kann aber erst später erbracht werden. Hier handelt es sich zunächst nur darum, die Wege zu prüfen, auf denen die dargestellten Ansichten der Frage näher zu kommen suchen.

Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller stellt in den Vordergrund die Betrachtung der tatsächlichen Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers. Ihre Grundlage wird in einem besonders gearteten, durch die Versicherungsgesetze eigentümlich beeinflußten Arbeitsvertrag gefunden. Nur Stier-Somlo und Schwenger emanzipieren sich von der hergebrachten Betrachtungsweise unter Verwerfung der Verfügungsmacht als eines Kriteriums des Beschäftigungsverhältnisses und gründen dieses ausschließlich auf das öffentliche Recht. Ersterer freilich neigt zur Annahme einer rein tatsächlichen Willensbestimmung; letzterer dagegen behauptet ausdrücklich einen versicherungsrechtlichen Arbeitsvertrag. Der Kritik bietet sich somit der Begriff der tatsächlichen Verfügungsmacht und ferner das zwischen den Parteien bestehende Willens- und Rechtsverhältnis.

§ 8.

3. Die privatrechtlichen Theorien.

a) Rosin.

Die Darstellung des Beschäftigungsverhältnisses als Besitz der Arbeitskraft scheint, wie sich aus gelegentlichen Zitaten in der Literatur ergibt, zunächst praktisch einleuchtend.

Aber dennoch ist sie rechtlich unzutreffend. Schon der Ausgangspunkt der Rosinschen Auffassung bietet Anlaß zur Kritik. Während im Mittelpunkt der gesetzgeberischen Bestrebungen der Arbeiter steht, ist bei Rosin der Angelpunkt der rechtlichen Regelung des Versicherungsverhältnisses der Arbeitgeber, dessen Verfügungsmacht über den Arbeiter das Entscheidende sein soll. Somit wird die erforderliche wechselseitige Beziehung beider zu einer im wesentlichen einseitigen gemacht. Das Widerspruchsvolle in dieser Auffassung liegt darin, daß hier das zum Besitzbegriff nötige Herrschaftsobjekt, die Sache oder — im gemeinrechtlichen Sinne — das dauernder Ausübung fähige Recht, fehlt. Als solches könnte nur das Recht auf eine Arbeitsleistung aus einem zwischen zwei Parteien geschlossenen Vertrage in Frage kommen, welche Annahme aber Rosin durchaus fern liegt. Es mangelt daher vollständig an einem geeigneten Objekte für ein Herrschaftsverhältnis. Nur im bildlichen, nicht auch im rechtlichen Sinne kann also von einem Besitz der Arbeitskraft gesprochen werden. Die analoge Anwendung von Rechtssätzen auf ungleichartige Verhältnisse muß notwendig zu undurchsichtigen Ergebnissen führen.

Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes vermag Rosin die beiden Voraussetzungen des Besitzes, den animus und das corpus, in ihrer selbständigen Bedeutung nicht nachzuweisen. Der animus ist der einseitige Wille, die Sache zu besitzen, das corpus ist ein rein tatsächliches äußeres Raumverhältnis eines Subjekts zu einem Objekt. Beides liegt aber bei Rosin in der Willenseinigung, durch die die tatsächliche Verfügungsmacht begründet wird (Bd. I S. 177). Das Widerspruchsvolle der Rosinschen Auffassung erhellt noch deutlicher daraus, daß er an anderer Stelle (S. 147) sagt, die Beschäftigung ohne Willen des Arbeitgebers begründe niemals den Versicherungszwang. Im Sinne des Besitzrechts müßte aber dennoch die tatsächliche Gewalt

angenommen werden, sobald der Arbeiter sich auch ohne Zustimmung oder Wissen des Arbeitgebers zu dessen Verfügung hält. Ebensowenig wie das corpus ist der animus nachweisbar. Der Versuch Rosins, das Ende des Beschäftigungsverhältnisses im Falle kontraktwidriger Entlassung des Arbeiters nach Analogie des Besitzrechts zu erklären (S. 175 Anm. 5), hätte ihn für den umgekehrten Fall des vorübergehenden Kontraktbruches seitens des Arbeiters auf das Unzutreffende seiner Theorie bringen müssen[1]). Der gemeinrechtliche Besitz endet entweder mit dem Verluste des corpus oder dem Aufhören des animus. Letzteres ist bei der Entlassung des Arbeiters der Fall, da animo in contrarium acto kein Besitz bestehen kann. Im anderen Falle jedoch wäre, wenn der Arbeiter nach kurzer Zeit zur Arbeit zurückkehrte, nach dem Satze: animo possessio retinetur eine Fortdauer des Besitzes und damit des Beschäftigungsverhältnisses gegeben, während Rosin richtig, aber in Widerspruch mit sich selbst, dessen Ende annimmt.

Somit ist weder der animus noch das corpus possessionis vorhanden. Vielmehr ist das Beschäftigungsverhältnis auf eine zweiseitige Beziehung in Gestalt einer Willenseinigung über das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft angelegt. Zur Durchführung seiner Besitzanalogie müßte Rosin diese wechselseitige Willensbeziehung in zwei einseitige auflösen, indem auf der einen Seite der animus, auf der anderen die das corpus begründende tatsächliche Arbeitsbereitschaft entsteht. Die Besitzanalogie führt demnach konsequenter Weise zu der Notwendigkeit, eine als Voraussetzung des Beschäftigungsverhältnisses als unerläßlich angesehene Einigung zu Gunsten zweier unabhängiger Willensrichtungen zu verneinen. Dies ist aber unmöglich und auch von Rosin nicht beabsichtigt. Es folgt darnach, daß von einer tatsächlichen Verfügungsmacht nur als der Folge der Willens-

1) Übereinstimmend auch Schwenger S. 23/24.

einigung gesprochen werden kann. Richtiger aber würde es sein zu sagen, aus der Willenseinigung ergibt sich die Bereitwilligkeit (Einverständnis) des Arbeitgebers, die schon mit der einseitigen Willensrichtung des Arbeiters für ihn eingetretene Möglichkeit, die Verfügung über dessen Arbeitskraft zu seinem Nutzen auszuüben. Diese Auffassung stände auf dem Standpunkte des Gesetzes, daß der Arbeiter im Mittelpunkte der gesetzlichen Bestrebungen steht und der Arbeitgeber als Subjekt von Rechten und Pflichten nur insoweit in Betracht kommt, als es zur Verwirklichung der gesetzlichen Ziele nötig ist. Wenn von dem Beschäftigungsverhältnis die Rede ist, kehrt das Gesetz stets die aktive Betätigung der Versicherten heraus. So beginnt die Mitgliedschaft bei der Krankenkasse mit dem Tage des Eintritts in die Beschäftigung und endet, wenn der Arbeiter aus ihr scheidet (§ 306, 313). Beweisend ist ferner jetzt § 437 RVO., wonach dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Dienstboten erweiterte Krankenpflege gewährt werden kann. Die Aufnahme setzt nämlich Einverständnis beider Teile voraus. Nach allem ergibt sich, daß die Folge einer Voraussetzung, die mehr ein tatsächliches und wirtschaftliches als ein rechtliches Verhältnis zum Ausdruck bringt, nicht selbst zur Voraussetzung des Beschäftigungsverhältnisses gemacht werden kann. Damit ist bewiesen, daß alle Versuche, das Beschäftigungsverhältnis auf eine tatsächliche Verfügungsmacht zu gründen, verfehlt sein müssen, weil eben der Ausgangspunkt verfehlt ist. Deutlicher erhellt dies noch, wenn man den modernen Besitzbegriff zu Grunde legt. Nach § 854 BGB. wird der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Ein Willensmoment ist darin nach heute fast allgemein anerkannter Ansicht nicht enthalten. Ich bin darnach auch Besitzer einer Sache, die mir ohne mein Wissen und Willen in meine Wohnung gebracht wird. Indem Rosin in seinem erst 1904 vollendeten Werke die Besitzanalogie konsequent beibehält, will er auch

ihre Richtigkeit nach geltendem Rechte behaupten. Darnach wäre aber gerade der Fall, wo der Arbeiter einseitig zur Arbeit bereit ist, analog dem, wo in unserer Abwesenheit eine Sache ins Haus gebracht wird, ein typischer Fall eines Besitzverhältnisses, während hier gerade doch auch nach Rosin ein Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird. Das heutige Recht zeigt also noch deutlicher als das gemeine, daß eine tatsächliche Verfügungsmacht höchstens nur eine Folge der Willenseinigung und des Beschäftigungsverhältnisses, nicht aber dieses selbst sein kann.

Kommt man indessen Rosin soweit entgegen, daß die tatsächliche Verfügungsmacht als Voraussetzung des Beschäftigungsverhältnisses anzusehen ist, so bietet dennoch ihr Vergleich mit der räumlichen Sachherrschaft beim Besitze Anlaß zur Kritik. Der Sachbesitz wird erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache (§ 854 BGB.). Im Sinne Rosins war oben angenommen worden, daß auch er zum Beginne des Beschäftigungsverhältnisses die Arbeitsfähigkeit des Arbeiters voraussetze. Denn solange der Arbeiter z. B. infolge Krankheit eine für den Arbeitgeber verfügbare Arbeitskraft nicht hat, kann auch von Erlangung der tatsächlichen Gewalt nicht die Rede sein. Die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses dagegen ist, solange die tatsächliche Gewalt besteht, von ihrer Ausübung nicht abhängig. Rosin zieht hier vergleichsweise den Schluß: „ebensowenig wie ununterbrochene Äußerung der sinnlichen Sachherrschaft beim Besitze“ (S. 177). Sollte in der Hinzufügung „ununterbrochene“ entgegen der oben (S. 26/27) vertretenen Auffassung auch für das Beschäftigungsverhältnis auf das Erfordernis gelegentlicher tatsächlicher Dienstleistung hingewiesen werden, so überschreitet Rosin den Rahmen der Besitzanalogie. Er setzt sich dann aber auch in Widerspruch mit den tatsächlichen Verhältnissen. Nimmt jemand z. B. bei Ausführung einer Arbeit, um sich für alle Fälle zu sichern, einen Arbeiter mehr an als er eigentlich braucht, der sich für vorkommende Fälle nur bereit

zu halten hat, so ist dieser zweifellos auch dann während der ganzen Zeit versicherungspflichtig, wenn er tatsächlich Arbeit überhaupt nicht geleistet hat.

Klar zeigt sich die Unzulänglichkeit der Besitzanalogie auch bei ihrer Anwendung auf die verschiedenartigen Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses. Zutreffend wäre sie allenfalls bei vorübergehender Arbeitseinstellung infolge Betriebsstörung, da hier von einer Fortdauer der tatsächlichen Verfügungsmacht des Arbeitgebers gesprochen werden könnte, oder auf Fälle, die einem unfreiwilligen vorübergehenden Besitzverlust vergleichbar sind: animo possessio retinetur. Unzutreffend ist es aber, daß auch während des Urlaubs, der Ruhepausen oder der Nachtzeit die Parteien im Sinne haben, daß dem Arbeitgeber die Arbeitskraft zur Verfügung stehen soll. Am deutlichsten erhellt dies in Fällen, wo die Beschäftigung täglich nur wenige Stunden oder in der Woche nur wenige Tage in Anspruch nimmt. Während der freien Zeit will der Arbeitende offenbar seine Arbeitskraft nicht dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen, oft sogar auch eine anderweitige Beschäftigung annehmen. Richtig ist daher, daß die Willenseinigung auch die Bestimmung in sich schließt, daß der Arbeitgeber die Arbeitskraft in bestimmter Weise für sich haben, der Arbeiter sie in bestimmter Weise gewähren will (S. 179). Da indessen die Besitzanalogie eine fortdauernde Verfügungsmacht auch für die Zeit der Arbeitsunterbrechung erfordert und dies von Rosin für das Beschäftigungsverhältnis auch behauptet wird — „der Arbeiter habe während der Unterbrechung des Betriebes zur Verfügung des Arbeitgebers gestanden“ —, sieht sich Rosin genötigt, zu erklären, daß infolge dieser Umgrenzung des Gebrauches der Arbeitskraft die Verfügungsmacht über sie zwar ruhe, aber in der Willensübereinstimmung beider Teile gewahrt bleibe. Meint Rosin, daß nur die Verfügung gewahrt bleibe, so sagt er damit, abgesehen von Fällen vorübergehender Betriebsstörung,

wo von einem Ruhen der Verfügung unter Fortbestand der Verfügungsmacht die Rede sein könnte, nichts anderes, als daß in der Zwischenzeit eine tatsächliche Verfügungsmacht nicht besteht, daß aber der Arbeiter zukünftig wieder zur Verfügung stehen soll. Dann fehlt aber die tatsächliche Verfügungsmacht. Will Rosin aber damit deren Fortbestand ausdrücken, so verschleiert er nur ihr tatsächliches Fehlen. In Wahrheit führt hier gerade die Besitzanalogie zu einer Pressung und künstlichen Umdeutung natürlicher und klarer Verhältnisse. Sie ist daher sowohl begrifflich als auch inhaltlich in ihrem ganzen Umfange unzutreffend.

Die tatsächliche Verfügungsmacht ist nach Rosin vorhanden, wenn sie durch die Willensübereinstimmung des Arbeitgebers und -nehmers begründet wird. In ihr liegen die rechtlichen Grundlagen des Beschäftigungsverhältnisses. Denn sie ist nicht tatsächlicher, sondern rechtlicher Natur. Anlaß zur Kritik aber gibt nicht nur der Inhalt, sondern auch die Umgrenzung der darauf bezüglichen Ausführungen. Rosin kennt drei Gruppen von Beschäftigungsverhältnissen, solche, bei denen die tatsächliche Verfügungsmacht beruht auf einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag, solche, bei denen die Grundlage ein privatrechtliches oder aber ein öffentlich-rechtliches Abhängigkeitsverhältnis abgibt. Wir sahen uns oben schon gezwungen, zu Gunsten Rosins, um einen völlig unverständlichen Widerspruch zu vermeiden, die ratio legis als auch von ihm in jenem weiteren Sinne anerkannt anzusehen, daß alle in untergeordneter Stellung befindlichen Klassen der Wohltat der Versicherung teilhaftig werden sollen. Aber trotz dieser Auslegung erscheint der Standpunkt Rosins noch weiter unklar, wohl eine Folge der allzustarken Hervorkehrung der Besitzanalogie.

Zunächst ist unklar, warum die Versicherungspflicht der Beamten auf Grund des öffentlichrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses und nicht schon auf Grund ihrer

öffentlichrechtlichen Anstellungsverträge eintreten soll. Ebenso wie durch den privatrechtlichen Arbeitsvertrag ein Abhängigkeitsverhältnis erzeugt wird, so ist doch auch bei den Beamtenverhältnissen der Anstellungsvertrag — in konsequenter Durchführung des Rosinschen Gedankenganges — schon der die Versicherungspflicht begründende Faktor. Ist dies auch nur eine die theoretische Erkenntnis verdunkelnde Ungenauigkeit des Ausdrucks, so ist weiterhin aber völlig unerfindlich, aus welchem Grunde Rosin auch noch die privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisse der Verwandten als Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses bezeichnen kann. Letzteres entsteht nach ihm doch nun einmal durch die sich als Vertrag kennzeichnende Willenseinigung. Ein Vertrag ist entweder ein solcher des Privat- oder des öffentlichen Rechts. Ersterer ist bei Rosin allein Gegenstand der Erörterung, letzterer aber auch als Grundlage anerkannt. Daneben ist danach ein besonderes die Versicherungspflicht begründendes Abhängigkeitsverhältnis begrifflich unmöglich. Die Auffassung, daß die von Familienangehörigen geleistete Arbeit nur aus dem Verwandtschaftsverhältnis heraus eine versicherungspflichtige sein könne, entspricht nicht dem Standpunkt des Gesetzes. Vielmehr ist durch § 2 Ziffer 3 KVG. und jetzt durch § 182 Ziffer 2 RVO. indirekt anerkannt, daß dies gerade nur dann der Fall ist, wenn unter Ausschaltung aller verwandtschaftlichen Beziehungen ein regelrechtes Arbeitsverhältnis erkennbar ist. Sollte Rosin indes den § 2 Ziffer 3 im Auge gehabt haben, so geht er dennoch fehl. Denn in diesem Falle handelt es sich um eine wegen des anerkannten Bedürfnisses getroffene Ausnahme, wo gerade wegen des Fehlens eines Beschäftigungsverhältnisses durch Statut der Versicherungszwang eingeführt werden konnte. Dies geht auch aus § 176 Ziffer 2 RVO. deutlich hervor, wo es heißt: ohne eigentliches Arbeitsverhältnis. Die Nichtbeachtung des öffentlichrechtlichen Vertrages erschwert natürlich die Kritik.

Indessen wird in den weiteren Ausführungen die Möglichkeit einer analogen Anwendung der gewonnenen Ergebnisse von einigem Nutzen sein.

Die Willenseinigung ist, soweit Rosin überhaupt darauf näher eingeht, zivilrechtlicher Natur, bildet den Inhalt eines zivilrechtlichen Arbeitsvertrages. Den Beweis für die Vertragsnatur erbringt Rosin nicht, vielmehr ist anzunehmen, daß die Erwähnung des Arbeitsvertrages im Gesetze für ihn schlechthin beweisend ist dafür, daß beide identisch sind. Dennoch tauchen aber schon bei Rosin selbst leise Differenzen in der Ausdrucksweise auf, wenn es einmal heißt, die Einigung bilde den Arbeitsvertrag (S. 149), dann aber (S. 177) der häufigste Fall des Beschäftigungsverhältnisses sei die Beschäftigung auf Grund eines privaten Arbeitsvertrages. Letzteres bedeutet nun aber gerade eine Verschiedenheit vom Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag, indem der letztere nur die Grundlage des ersteren ist. Indessen ist eine derartige Auffassung nicht im Sinne Rosins. Sein Arbeitsvertrag ist vielmehr ein rechtliches Gebilde, das durch die sozialrechtlichen Normen, die vom öffentlichen Rechte ausgehen und mit dem Rechte des privaten Arbeitsvertrages in eine bald engere, bald losere Verbindung treten sollen, in seinem privatrechtlichen Charakter nicht berührt wird, auf das aber trotzdem zivilrechtliche Normen fast überhaupt nicht Anwendung finden sollen außer denen über die Ernstlichkeit der Willenserklärung und der Erlaubtheit eines Rechtsgeschäfts. Die Ausschaltung gewisser privatrechtlicher Regeln durch ein anderes Gesetz ist selbstredend stets und auch stillschweigend möglich. Nirgends aber zeigt sich in den Sozialgesetzen, auch nicht in der ratio legis eine derartige Absicht. Insbesondere ist der Schluß unrichtig, daß der Schutz der tatsächlich geleisteten Arbeit ohne Rücksicht auf einen rechtsgültigen Vertrag im Sinne des BGB. zur Annahme eines besonderen zivilrechtlichen Vertrages im Sinne des KVG. und der RVO. führen müsse. Diese Annahme wird

stets nur auf Grund der ratio legis behauptet, aber nicht bewiesen. Zudem ist die Behauptung eines zivilrechtlichen Vertrages, der nur die Einigung über die Arbeitsleistung zu enthalten braucht, aber trotzdem im gegebenen Falle ein gültiger Werkvertrag oder Dienstvertrag usw. sein kann, eine logische Unmöglichkeit. Es kann wohl ein öffentlich-rechtliches Gesetz seine Anwendbarkeit auch bei mangelnder Gültigkeit eines Dienst-, Werk-, Gesellschaftsvertrages erklären. Dann bleibt aber für es der Vertrag eben ein solcher des betreffenden Typs. Nach Rosin soll dagegen gerade umgekehrt der allgemeine zivilrechtliche Arbeitsvertrag, sofern nur die sonstigen Merkmale vorhanden sind, mit dem Dienstvertrag zusammenfallen. Und doch hätte schon die Besitzanalogie zu Bedenken in dieser Richtung Anlaß geben müssen. Wenn nämlich der Besitz die Erscheinungsform verschiedener Rechte ist (S. 175), so besagt das nicht nur, daß er nicht notwendig mit ihnen zusammenfällt, sondern daß er mit ihnen nicht identisch ist. Und wenn auch eine Beschäftigung bestehen kann ohne gültigen Vertrag, so folgt doch aus der Besitzanalogie, daß, sofern er gültig ist, die den Besitz begründende Willenseinigung nicht mit ihm identisch sein muß.

Und wie wollen Rosin und seine Anhänger die zivilrechtliche Vertragsnatur des Beschäftigungsverhältnisses verteidigen, wenn bei einem zivilrechtlichen Dienstvertrag der Arbeiter kontraktbrüchig wird und das Beschäftigungsverhältnis erlischt? Mit dem Aufhören der Willenseinigung endet doch das Beschäftigungsverhältnis, weil seine Grundlage, der Arbeitsvertrag, hinfällig wird. Und dennoch hat der Arbeitgeber einen verfolgbaren Anspruch auf Arbeitsleistung, weil eben der einmal abgeschlossene zivilrechtlich gültige Arbeitsvertrag durch Kontraktbruch nicht ohne weiteres aufgehoben wird. Nimmt daher der Arbeitgeber den zurückkehrenden Arbeiter wieder an, so schließt er demnach nach Rosin einen neuen zivilrechtlichen

Arbeitsvertrag trotz des — zivilrechtlich betrachtet — Fortbestandes eines zivilrechtlichen Dienstvertrages. Der Arbeitgeber gelangt demnach zur Erfüllung seines klagbaren Anspruches auf Arbeitsleistung erst auf dem Wege des Abschlusses eines neuen zivilrechtlichen Arbeitsvertrages!!!

Aus allem folgt die Unhaltbarkeit der Rosinschen Anschauung. Die zivilrechtliche Vertragsnatur des Beschäftigungsverhältnisses wird nur angenommen, weil der zivilrechtliche Arbeitsvertrag im Gesetze mehrfach erwähnt, sein Verhältnis zur „Beschäftigung“ dagegen nicht genügend untersucht, vielmehr die Identität beider als gegeben angesehen wird. Dabei haben auch die mangelnde Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze sowie die festgestellten unlösbaren Widersprüche gezeigt, daß das Beschäftigungsverhältnis ein zivilrechtlicher Vertrag nicht sein kann, unbeschadet seines etwaigen Zusammenhangs mit einem solchen.

§ 9.

4. Fortsetzung.

b) Hahn, Hoffmann, v. Frankenberg.

Wenn auch diese Schriftsteller im einzelnen viel mit Rosin gemeinsam haben, und bisweilen ausdrücklich auf die Besitzanalogie Bezug nehmen, so geht doch bei ihnen eine dem Standpunkt des Gesetzes entsprechendere Auffassung des Beschäftigungsverhältnisses hervor, derzufolge das Beschäftigungsverhältnis als eine zweiseitige Beziehung zwischen Arbeitgeber und -nehmer aufgefaßt ist. Es ist richtig erkannt, daß der Ausgangspunkt der Betrachtung das Verhältnis zweier Subjekte, nicht das eines Subjekts zu einem mehr oder minder unfaßbaren, fiktiven Objekte, der Arbeitskraft, ist. Im Folgenden kann, soweit Abweichungen nicht festzustellen waren, die Ansicht Hahns der gemeinsamen

Kritik zu Grunde gelegt und eine fortdauernde Bezugnahme auf Hoffmann und v. Frankenberg vermieden werden.

Ein wesentlicher Fortschritt gegenüber Rosin liegt darin, daß Hahn die rechtliche und die tatsächliche Verfügungsmacht unterscheidet, wenn auch diese Anschauung eine klare Erfassung des Beschäftigungsverhältnisses noch nicht erkennen läßt. Daß er die rechtliche Verfügungsmacht nicht in einem zivilrechtlich gültigen Vertrage sieht, mag nur noch einmal, um Irrtum zu vermeiden, festgestellt werden. Gegen die Auffassung, das Beschäftigungsverhältnis beruhe auf einer doppelten Verfügungsmacht, sind allerdings dieselben Bedenken zu erheben, die schon oben § 8 gewürdigt sind; nämlich daß hier eine nicht einmal notwendige Folge in den Mittelpunkt der Betrachtung statt ihrer Ursache geschoben wird. Im übrigen stellt sich die doppelte Verfügungsmacht als eine andere Formulierung des Satzes dar, daß das Beschäftigungsverhältnis das auf dem Arbeitsvertrag beruhende, durch die Anstellung oder den Antritt zur Arbeit in Wirksamkeit getretene Verhältnis zwischen Arbeitgeber und -nehmer sei (Komm. S. 177). Der Fortschritt liegt darin, daß in der Hahnschen Formulierung schon ein Anklang an den Gedanken zu finden ist, daß Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag nicht identisch sind. Indessen läßt sich bei Hahn das Verhältnis beider nicht genügend aufklären, wozu der Umstand beitragen mag, daß die Erörterungen zu verschiedener Zeit und an verschiedenen Orten geschehen[1]. Insofern bei Hahn, wie dies, mehr kann man kaum sagen, bei v. Frankenberg und Hoffmann der Fall zu sein scheint, die im Arbeitsvertrage enthaltene Willenseinigung auch die tatsächliche Verfügungsmacht begründen könnte, ist dazu schon oben Stellung genommen worden. Eine derartige Annahme scheint indessen unbegründet, weil Hahn

---

1) Nämlich Verw.-Arch. Bd. 9 S. 221 ff. und Komm. S. 177 ff.

die rechtliche Verfügungsmacht, den Arbeitsvertrag, allein nicht für genügend hält, vielmehr erst noch ein Wirksamwerden desselben durch Antritt der Arbeit verlangt. Insoweit aber die tatsächliche Verfügungsmacht von der rechtlichen verschieden ist, ist der Kritik mangels einer erkennbaren Äußerung Hahns der feste Boden entzogen. Soviel steht jedoch fest, daß der Arbeitsvertrag als der Begründer der rechtlichen Verfügungsmacht bei den für die praktische Brauchbarkeit und die Richtigkeit seiner Ansicht entscheidenden Ausführungen ganz unerwähnt bleibt. Zwar hat es den Anschein, als ob Hahn den Arbeitsvertrag direkt mit dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses in Verbindung bringt. Er führt im Anschluß an eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes aus, daß durch den Eintritt eines in der Arbeitsordnung als eines Bestandteiles des Arbeitsvertrages, vorgesehenen Ereignisses das Beschäftigungsverhältnis ende. Allein durch den Eintritt dieses Ereignisses ist nicht nur das aus dem Vertrage entspringende Recht auf Arbeit, die rechtliche Verfügungsmacht, erloschen, vielmehr wird dadurch auch die die tatsächliche Verfügungsmacht begründende Willenseinigung aufgehoben und somit das Beschäftigungsverhältnis beendet. Ist aber die Einigung über den Arbeitsantritt das maßgebende Moment, so kann daneben die rechtliche Verfügungsmacht, der Arbeitsvertrag, wenn überhaupt, so nur insofern Bedeutung haben, als in ihm die Einigung über das Arbeitsentgelt zum Ausdruck kommt. Nur durch die Aufstellung eines Lohnarbeitsverhältnisses läßt sich neben der tatsächlichen auch eine rechtliche Verfügungsmacht überhaupt rechtfertigen.

In ihm sieht Hahn zugleich den Grund für die Zuteilung seines Arbeitsvertrages und damit des Beschäftigungsverhältnisses zum Zivilrecht. Es sind somit zwei Fragen zu beantworten: Ist dem Beschäftigungsverhältnis die Lohnfrage begriffswesentlich und wenn ja, kann sie allein die zivilrechtliche Natur des Beschäftigungsverhältnisses begründen.

Nach § 165 RVO. werden unter Ziffer 1 bis 7 bestimmte Personenklassen versichert. In Absatz 2 heißt es dann: Voraussetzung für die Versicherung der in Absatz 1 unter Nr. 1 bis 5 und Nr. 7 Bezeichneten mit Ausnahme der Lehrlinge jeder Art ist, daß sie gegen Entgelt beschäftigt werden .... Schon die äußere Fassung des Gesetzes weist darauf hin, daß der Begriff der Beschäftigung die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung nicht in sich aufzunehmen braucht. Absatz 1 enthält sich bei Aufzählung der beschäftigten Personen jeder Bezugnahme auf das Lohnverhältnis. Wenn Absatz 2 dann von der Entgeltlichkeit als einer Voraussetzung der Versicherung spricht, so umgrenzt er damit nur die für die Krankenversicherung in Betracht kommenden Fälle. Er stellt also damit ein an sich für das Beschäftigungsverhältnis, das bei der Umgrenzung vorausgesetzt wird, nicht notwendiges Moment als selbständige Voraussetzung der Versicherungspflicht auf. Eine andere Auffassung ergibt sich auch für das KVG. nicht, wo es heißt, Personen, die gegen Lohn oder Gehalt beschäftigt sind, sind zu versichern (§ 1). Beweisend ist für die RVO. auch § 176 Ziffer 2, wo der Unterschied zwischen Beschäftigungsverhältnis und Lohnarbeitsverhältnis ausdrücklich ausgesprochen ist. Es ist dort von Familienangehörigen die Rede, die ohne eigentliches Arbeitsverhältnis und ohne Entgelt tätig sind. Die gegenteilige Ansicht Hahns läßt es zunächst unerklärt, wie er das Lohnarbeitsverhältnis bei der Unfallversicherung verwendet wissen will. Nach seiner Erklärung finden nämlich seine Ausführungen in gleicher Weise auch auf die Unfall- und Invalidenversicherung Anwendung. Bei ersterer ist jedoch[1]) immer nur von Beschäftigung, nicht aber auch von der Entlohnung die Rede. Die Versicherung tritt hier ganz unabhängig davon ein, ob Lohn gezahlt wird, sofern nur ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Nur in Fällen ent-

---

1) Vergl. jetzt § 537 ff. RVO.

lohnter Beschäftigungsverhältnisse ist unter Umständen eine gewisse Höchstgrenze von Bedeutung, aber nur für das Ende des Beschäftigungsverhältnisses (§ 544 RVO.). Vielleicht könnte der Einwand erhoben werden — und das ist von Hahn geschehen —, daß die Krankenversicherung, weil sie eben in der Regel nur entlohnte Beschäftigungsverhältnisse erfasse, die Einigung über das Arbeitsäquivalent zu einem wesentlichen Merkmal des Beschäftigungsverhältnisses, also zu einer Voraussetzung desselben erhebe. Mit demselben Rechte müßte dann aber auch die vom Gesetze gemachte Unterscheidung der dauernden und der vorübergehenden Beschäftigung, der höheren geistigen und der mehr handwerksmäßigen als Voraussetzungen des Beschäftigungsverhältnisses angegeben werden. Denn wenn nach dem Gesetze alle diese Momente vorliegen müssen, so hätte Hahn sie, wäre er konsequent gewesen, auch alle, nicht nur das Lohnverhältnis zu einem Essentiale des Beschäftigungsverhältnisses erklären müssen. Das tut er aber keineswegs. Er scheidet vielmehr auch äußerlich die rechtlichen von den wirtschaftlichen Grundlagen des Beschäftigungsverhältnisses und befaßt sich mit letzteren erst, nachdem er die ersteren festgestellt hat. Gegen Hahn spricht auch, daß trotz der rechtlichen Selbständigkeit der drei Versicherungszweige in der RVO., dennoch gewisse gemeinsame Grundlagen vorhanden sind. Dies ist in der RVO. äußerlich schon dadurch zum Ausdruck gekommen, daß sie diese unter den gemeinsamen Vorschriften zusammenfaßt. Zu diesen gemeinsamen Vorschriften gehören auch die über die Beschäftigung[1]). Indem das Gesetz in diesen für die gesamte Versicherung geltenden Vorschriften den Ausdruck Beschäftigung schlechthin gebraucht, tut es kund, daß es in seinem Sinne ein einheitlicher ist, während es sonst, wenn es eine Differenzierung beabsichtigt, auch schon durch eine Verschiedenheit der Bezeichnungen diese zum Aus-

1) Vergl. § 153—156, § 159.

druck bringt. Zur Bezeichnung des in den drei Versicherungszweigen verschiedenen Begriffs der Arbeitsunfähigkeit hat es für die KV., UV. und JV. die drei Ausdrücke: Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Invalidität gewählt.

Trotz der Scheidung zwischen der den Arbeitsantritt begründenden Willenseinigung und dem zivilrechtlichen Arbeitsvertrage entfällt mit der Verneinung des Erfordernisses des Äquivalents als Voraussetzung des Beschäftigungsverhältnisses die Annahme, daß ein zivilrechtlicher Vertrag im Sinne Hahns eine Voraussetzung des Beschäftigungsverhältnisses sein könne. Damit ist aber nicht gesagt, wie Schwenger (S. 33 a. a. O.) meint, daß das Beschäftigungsverhältnis nicht auf einem Lohnarbeitsvertrage, sondern lediglich auf einem Arbeitsvertrage beruhe. Der Mangel der Beweisführung liegt sowohl bei Schwenger als auch sonst darin, daß das Beruhen oder Begründetsein in einem Vertrage diesem gleichgesetzt wird, denn, m. a. W., nicht unterschieden wird, ob das Beschäftigungsverhältnis auf einem Arbeitsvertrage ruht, in ihm wurzelt, oder mit ihm identisch ist. Wenn ich mir z. B. ein Buch kaufe und es übergeben bekomme, so kann ich mit demselben Rechte sagen, daß das dingliche Übergabegeschäft in dem zu Grunde liegenden obligatorischen Kaufvertrage wurzele, auf ihm beruhe. Denn trotz der Selbständigkeit des ersteren kommen unter Umständen doch die Mängel des letzteren, nämlich z. B. auf dem Wege über die ungerechtfertigte Bereicherung auch in ihm zur Geltung.

Unrichtig ist es auch, daß der Arbeitsvertrag ein zivilrechtlicher gerade um deswillen sein soll, weil er auch eine Einigung über das Arbeitsäquivalent enthält. Dies wird Hahn, trotz des allerdings ziemlich klaren Wortlauts seiner Ausführungen[1]), wohl auch nicht sagen wollen. Denn er würde

1) Verw.-Arch. Bd. 14 S. 403.

sonst behaupten, daß das Wesen zivilrechtlicher Verträge überhaupt die Entgeltlichkeit ist. Sein Gedankengang ist wohl vielmehr folgender. Der Ausgangspunkt der Gesetzgebung ist, abgesehen von den Beamtenverhältnissen, der zivilrechtliche Arbeitsvertrag, und nur ein solcher, der auf eine entgeltliche Arbeitsleistung abzielt. Durch das öffentliche Recht wird dieser Arbeitsvertrag der Anwendbarkeit zivilrechtlicher Normen soweit entkleidet, daß nur wenige Zivilrechtssätze anwendbar sein müssen. Der zivilrechtliche Charakter wird also insoweit aufgehoben, als in der Folge nur die Einigung über Arbeit und Äquivalent bedeutsam ist. Die natürliche Folge wäre allerdings dann die, daß aus diesem zivilrechtlichen Arbeitsvertrage im versicherungsrechtlichen Sinne auch ein Anspruch auf den vereinbarten Lohn erwüchse. Dieser Anspruch müßte aus dem zivilen Vertrage heraus geltend gemacht werden können. Zwar ist es richtig, daß die Erzwingbarkeit nicht zum Wesen eines Rechtes gehört. Indes ist, von wenigen Ausnahmen abgesehen, im zivilen Vertragsrechte die Erzwingbarkeit der Ansprüche vorhanden und bestimmt deren Wert. Auch nach Hahn soll es sich um einen erzwingbaren Anspruch handeln. Aber gerade in den Fällen, wo nur ein Arbeitsvertrag in seinem Sinne vorhanden ist, weil er, vom Stande des Zivilrechts aus betrachtet, z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit eines Kontrahenten ungültig ist, erfolgt nach Hahn dessen Verwirklichung nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung. Weil also der Arbeiter irgend einen zivilrechtlichen Anspruch hat, soll auch vom Stande des Versicherungsrechts ein ziviler Arbeitsvertrag vorliegen, obwohl vom Stande des Zivilrechtes aus ein Vertrag überhaupt nicht vorhanden ist. Es müßte also das Versicherungsrecht einem Tatbestand, der kraft Zivilrechts nur ein gesetzliches Schuldverhältnis erzeugt, vertragliche Wirkung beilegen. M. a. W.: Anstatt sich mit der Anwendbarkeit gewisser zivilrechtlicher Vertragsregeln zu be-

genügen, geht nach Hahn das Versicherungsrecht gerade in den Fällen, in denen dieser modifizierte Arbeitsvertrag praktische Bedeutung haben soll, über das Zivilrecht in der Schaffung eines Vertrages hinaus, ohne indessen auch nur eine Vertragsregel zur Anwendung zu bringen.

Auch abgesehen von den Ergebnissen der bisherigen Beweisführung ist die Annahme eines zivilrechtlichen Vertrages im Sinne Hahns nicht haltbar.

Soweit die Kritik sich darauf bezieht, daß auch nach Hahn ein über die einzelnen Formen des bürgerlichen Rechts hinausgehender, sie möglicher Weise umfassender Lohnarbeitsvertrag angenommen ist, kann hier auf die früheren Ausführungen verwiesen werden (oben S. 61 ff.). Gewiß soll der enge Zusammenhang zwischen Zivilrecht und öffentlichem Rechte, wie er im Sozialrecht vorhanden ist, nicht geleugnet werden. Handelt es sich doch gerade hier um die Beseitigung oder doch Milderung von Schäden, die in erster Linie aus den privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen der Arbeiter erwachsen, zu welcher Aufgabe aber das Zivilrecht weder durch Ausdehnung der Haftpflicht und der persönlichen Fürsorgepflicht (§ 617 BGB.) genügende Handhabe bot. Dahingestellt kann aber hier bleiben, worauf Hahn besonderes Gewicht legt, inwieweit die durch das Krankenversicherungsrecht geschaffenen Rechte und Pflichten, z. B. die Pflicht der Beitragsleistung, gerade infolge der zivilrechtlichen Anknüpfungspunkte der Sozialgesetzgebung zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Charakter haben[1]). Jedenfalls erscheint doch das eine sicher, daß die Versicherungsgesetze an die vorhandenen zivilrechtlichen Verhältnisse angeknüpft haben. Wenn daher die in den Beschäftigungsverhältnissen hervorgetretenen Mißstände die gesetzgeberische Veranlassung gewesen sind, so erhellt zunächst,

---

1) Vergl. Hahn, Einl. Komm. S. 30 ff.

daß die jetzt als Beschäftigungsverhältnis angesprochenen Tatbestände schon außerhalb der Sozialgesetze vorhanden sind, an sie vielmehr nur gewisse Folgen geknüpft werden. Wenn weiter trotz des im Gesetze erwähnten Arbeitsvertrages es sich herausstellt, daß vielfach ein gültiger Vertrag nicht vorliegt, daß sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse in Frage kommen, so ist doch vorher, ehe man zur Annahme eines durch die öffentlichen Rechtssätze modifizierten zivilrechtlichen Vertrages gelangt, zu untersuchen, ob nicht etwa der Vertrag nur mittelbare Bedeutung für das Beschäftigungsverhältnis hat, ob beide nicht verschieden sind und in einem dann allerdings näher zu bestimmenden Verhältnisse stehen.

Unbefriedigend ist ferner auch die Art und Weise, wie Hahn die zivilrechtlichen Regeln angewendet wissen will. Zum mindesten hätte doch der Umfang der zur Anwendung gelangenden Zivilrechtssätze festgestellt werden müssen. Der Standpunkt Hahns, daß von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der ethischen Grundlagen des Gesetzes nach billigem Ermessen die Anwendung ziviler Rechtsregeln ermittelt werden müsse, ist unerklärlich. Schon Schwenger (S. 27 a. a. O.) hat mit Recht eingewandt, daß die Art und der Umfang der Durchdringung des Zivilrechts durch das Versicherungsrecht ein durch Auslegung ein für allemal zu bestimmender sein muß. Der Gedanke, daß dem Richter nach seinem Ermessen die Anwendung des Rechtes anheimgegeben ist, ist ein in unserem Rechtsgebäude so unerhörter, daß unverständlich ist, wie Hahn ihn mit unserem Rechtssystem in Einklang bringen will. Das billige Ermessen und die ethischen Grundlagen eines Gesetzes kommen nach unserem Rechte, wo der Richter nicht so entscheiden kann, wie wenn er Gesetzgeber wäre, immer nur dann in Frage, wenn es sich um Auslegung eines schon ermittelten Rechtssatzes handelt. Die Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze erfolgt bei Hahn in so geringem Maße, daß auch dadurch wieder die Ver-

mutung bekräftigt wird, das Beschäftigungsverhältnis stehe mit dem zu Grunde liegenden Arbeitsvertrage nur in einem mittelbaren Zusammenhange. Die Tatsache, daß nach § 134 BGB. ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz und nach § 117 BGB. die Nichternstlichkeit einer Willenserklärung das Beschäftigungsverhältnis nichtig macht, sagt nichts für dessen zivilrechtliche Vertragsnatur. Beide Grundsätze gelten vielmehr über den Rahmen des Privatrechts hinaus. Die Vertragswidrigkeit einer Abmachung und die Ernstlichkeit einer Willenserklärung können gleichermaßen auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zur Geltung kommen; denn hier liegen dieselben schutzwürdigen Momente, nämlich die Sicherung des Verkehrs, der Schutz von Treu und Glauben vor.

Die Kritik hat gezeigt, daß eine rechtliche Verfügungsmacht im Sinne Hahns und seiner Anhänger eine Voraussetzung des Beschäftigungsverhältnisses nicht sein kann. Das Ergebnis ist, daß sich das Beschäftigungsverhältnis der Anwendung der zivilrechtlichen, insbesondere der für den Vertrag geltenden Regeln entzieht, daß es also kein zivilrechtlicher Vertrag ist. Die tatsächliche Seite des Beschäftigungsverhältnisses wird nicht genügend von ihrer rechtlichen Grundlage und deren Einfluß auf sie geschieden. Insbesondere läßt sich eine scharfe Scheidung der in ihr liegenden Willensmomente von dem vertraglichen Willen vermissen. Bei Hoffmann und v. Frankenberg tritt dazu der doppelseitige Charakter des Beschäftigungsverhältnisses nicht so sehr hervor. Bei Hoffmann findet sich gelegentlich die Bemerkung, daß das Beschäftigungsverhältnis trotz Unterbrechung fortdauere, wenn nur der Arbeitsvertrag unberührt und der Arbeiter auch inzwischen zur Verfügung des Arbeitgebers bleibe[1]). Hier ist aber der Kritik fast jeder feste Boden entzogen, soweit nicht die in den vorhergehenden §§ angeführten Gründe,

---

1) Hoffmann, Komm. S. 177.

die im einzelnen unklar gebliebenen Ansichten gleichfalls bekämpfen.

Die Kritik der tatsächlichen Verfügungsmacht beansprucht nach der eingehenden Untersuchung ihrer rechtlichen Grundlagen nur noch untergeordnetes Interesse. Überall wird zwar die tatsächliche Seite des Beschäftigungsverhältnisses hervorgehoben, ihr Wesen aber nicht ergründet. Während sie bei Hahn selbständig neben dem Arbeitsvertrage dasteht, scheint sie im übrigen nach dem Vorgange Rosins durch ihn selbst begründet zu werden. Im einzelnen ist bei Hahn im Gegensatz zu Hoffmann und v. Frankenberg richtig erkannt, daß eine Verfügung über die Arbeitskraft während der Ruhepausen, des Urlaubs und ähnlicher Unterbrechung nach dem Willen der Parteien tatsächlich nicht die Rede sein kann. Unzutreffend, vom Standpunkte des Lohnarbeitsverhältnisses aber konsequent, erscheint es auch mit Hahn die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses von der Fortdauer der Lohnzahlung abhängig zu machen. Wie die Lohnfrage überhaupt, so ist sie auch hier für das Beschäftigungsverhältnis unerheblich. Richtiger ist schon die Ansicht Hoffmanns, daß nach Ablauf der Unterbrechung die Lohnzahlung wieder einsetzen müsse. Indessen erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf diese Frage, da nach richtiger Ansicht die Hereinziehung des Lohnverhältnisses nicht entscheidend ist.

Im übrigen hat schon die Kritik Rosins die Gründe gezeigt, die gegen die Auffassung einer tatsächlichen Verfügungsmacht überhaupt sprechen.

§ 10.

5. Die öffentlichrechtlichen Theorien.

Der Ausschaltung des zivilrechtlichen Arbeitsvertrages aus dem Begriffe des Beschäftigungsverhältnisses ist soweit zuzustimmen, als die das Beschäftigungsverhältnis begründende

Willenseinigung nicht mit ihm identisch ist. Nicht beizupflichten vermögen wir aber der Meinung, das Beschäftigungsverhältnis sei lediglich ein Gebilde des öffentlichen Rechtes, indem das auf der Willensübereinstimmung beruhende Tätigsein von diesem als Voraussetzung der Versicherungspflicht anerkannt werde. Die eingangs vorangestellte Erkenntnis zusammen mit der im Gesetze öfters wiederkehrenden Erwähnung des Arbeitsvertrages hätte logischer Weise zu dem schon früher von uns vermißten Versuche führen müssen, die Verschiedenheit von Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag, auf die jetzt RVO. § 176 Ziffer 2 direkt hinweist, auch auf dem Boden des Zivilrechts zu finden als ein von dem Gesetze schon als gegeben angesehenes, nicht erst von ihm geschaffenes Verhältnis.

a) Stier-Somlo.

Deshalb können wir auch mit Stier-Somlo nicht dafür halten, daß dem zivilrechtlichen Arbeitsvertrage jede Bedeutung abzusprechen sei.

Schon für das KVG. ist es nicht richtig, daß auf die Erwähnung des Arbeitsvertrages in § 2 Ziffer 3 kein Gewicht gelegt werden könne, da sie nur den Zweck habe, eine sichere Abgrenzung der Beschäftigungsverhältnisse der Familienangehörigen gegenüber vorübergehender und gelegentlicher freiwilliger Mithilfe zu ermöglichen. Die Motive zur Novelle vom 10. April 1892 geben vielmehr an, daß es sich in der fraglichen Bestimmung darum handelt, den Familienangehörigen, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages, sondern auf Grund ihrer verwandtschaftlichen Stellung, sei es zufolge der dadurch begründeten rechtlichen oder zufolge einer nur empfundenen moralischen Verpflichtung im Betriebe des Verwandten tätig sind, auch ohne Beschäftigungsverhältnis im eigentlichen Sinne der Versicherung teilhaftig werden zu

lassen. Offen tritt dieser schon damals vorhandene Sinn des § 2 Ziffer 3 jetzt in § 176 Ziffer 2 RVO. zu Tage, wo der Tätigkeit auf Grund eines Arbeitsverhältnisses eine solche ohne eigentliches Arbeitsverhältnis entgegengesetzt ist. Gemeint ist im letzteren Falle die Tätigkeit zufolge verwandtschaftlicher Beziehung. Die von Stier-Somlo ins Auge gefaßte Abgrenzung geschieht zudem schon durch § 2 Ziffer 1 KVG., sodaß Ziffer 3 in seinem Sinne überflüssig wäre. Wäre richtig das Beschäftigungsverhältnis nur ein vom Gesetze als Voraussetzung der Versicherungspflicht angesehenes freiwilliges Tätigsein, so geht aus dieser Definition die vom Gesetze gemachte Unterscheidung verschiedener Arten dieses Tätigseins nicht hervor. Es hätte aber zum Ausdruck gebracht werden müssen, warum gerade die Arbeitsleistung der Verwandten in der Regel nicht als Voraussetzung der Versicherungspflicht betrachtet wird. Denn sie ist doch auch eine solche freiwillige mit Wissen und Willen beider Teile. Indes ergibt sich der bei Stier-Somlo fehlende Grund für die Versicherungspflicht einer Tätigkeit aber aus dem Gesetze durch die Erwähnung des Arbeitsvertrages und findet den zweckdienlichsten Ausdruck in dem Satze, daß die Beschäftigung auf Grund eines Arbeitsvertrages stattfinden müsse. Zwar findet sich dieser Satz auch anderwärts. Aber entweder ist unrichtigerweise das Beschäftigungsverhältnis mit seiner Grundlage identifiziert (Rosin, v. Frankenberg, Hoffmann), oder aber ist bei dem nur mehr oder minder unbewußt gefühlten Unterschied beider ihr gegenseitiges Verhältnis verkannt und auch der Arbeitsvertrag falsch in die Definition des Beschäftigungsverhältnisses hineingezogen (Hahn).

Der Versuch Stier-Somlos, das Beschäftigungsverhältnis allein auf öffentlichrechtliche Grundlage zu stellen, erklärt sich aus der Verkennung des zivilrechtlichen Charakters der Beschäftigung als der Ausführung einer durch einen Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverpflichtung. Un-

richtig ist die Behauptung, es sei eine unbeweisbare Lehre, daß dem Beschäftigungsverhältnis in der Regel ein Arbeitsvertrag zugrunde liegen müsse, geht doch abgesehen von § 2 Ziffer 3 KVG. auch aus anderen Stellen hervor, daß dem Arbeitsvertrag eine gewisse Bedeutung beigelegt werden muß. Man kann auch nicht annehmen, daß die Einigung über das Zurverfügungstellung der Arbeitskraft im Sinne Stier-Somlos jene Ausführung bedeuten solle. Überdies spricht er ausdrücklich davon, daß erstere neben ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter auch noch eine Kennzeichnung nach Maßgabe des Zivilrechts haben könne, d. h. daß in ihr auch die Voraussetzungen eines zivilrechtlichen Vertrages gefunden werden können. Eine Erklärung für diese zwiespältige Natur der Willenseinigung gibt Stier-Somlo nicht. Insbesondere beibt nur behauptet aber nicht bewiesen, inwieweit ein vom Standpunkte des Zivilrechts aus möglicherweise als rechtlich erheblich anerkannter Wille versicherungsrechtlich nur als tatsächlicher in Frage kommen soll. Daß er in dem Beschäftigungsverhältnis einen von den Vorschriften des BGB. befreiten öffentlichrechtlichen Vertrag erblickt, erscheint mangels irgendwelcher Anhaltspunkte nicht wahrscheinlich. Es mag Stier-Somlo zugegeben werden, daß er ohne Zwang zu vielen Entscheidungen gelangt, zu denen die herrschende Lehre nur auf Umwegen kommt, z. B. bezüglich der Behandlung der Unterbrechungen. Allein dies liegt daran, daß seine Ansicht zu weit gefaßt ist, indem sie willkürlich den zivilrechtlichen Arbeitsvertrag als gänzlich unbedeutsam beiseite schiebt. Zwar vermag die herrschende Lehre die Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses durch die Identifizierung mit dem Arbeitsvertrage nicht in einwandsfreier Weise zu erklären. Doch ist dies nicht, wie Stier-Somlo[1]) meint, deshalb der Fall, weil diese Fälle allein aus dem Arbeitsvertrage heraus betrachtet

1) Deutsche Sozialgesetzgebung S. 134.

werden müßten. Ist das Beschäftigungsverhältnis, nämlich das Erfüllungsverhältnis, das Erfüllungsverhältnis einer Arbeitsverpflichtung, so müssen auch die in Frage stehenden Unterbrechungen derselben in erster Linie in ihm ihre Erklärung finden. Nach allem erscheint es unangebracht, von privatrechtlichen Eierschalen der Theorie des Beschäftigungsverhältnisses zu reden. Richtiger ist es m. E., wenn man im Bilde bleiben will, zu sagen, daß die Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses noch nicht einmal über den Entwickelungszustand hinaus gelangt ist.

Beginn, Unterbrechung und Ende des Beschäftigungsverhältnisses bestimmen sich bei Stier-Somlo im allgemeinen folgerichtig nach dem Vorhandensein und dem Inhalt der Willenseinigung. Die richtige Erkenntnis, daß die tatsächliche Verfügungsmacht nur deren Folge und eigentlich nichts weiter als eine bildliche Erklärung eines der sinnlichen Wahrnehmung entrückten Willenszustandes ist, führt dahin, daß nur in der Arbeitszeit dem Arbeitgeber die Arbeitskraft zur Verfügung steht, darüber hinaus aber auch eine ruhende Verfügungsmacht nicht vorhanden ist. Eine Inkonsequenz liegt nur insoweit vor, als die vorhandene Einigung zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nicht genügt, vielmehr es zu tatsächlicher Arbeitsleistung gekommen sein muß. Die an sich richtige Auffassung Stier-Somlos, daß das Beschäftigungsverhältnis ein Willensverhältnis ist, widerspricht dem Erfordernis tatsächlicher Arbeitsleistung. Dazu kommt noch, daß er das Ende des Beschäftigungsverhältnisses nicht mit dem Ende der tatsächlichen Arbeit, sondern schon früher mit dem etwaigen Aufhören der Willenseinigung eintreten läßt[1]).

Soweit Stier-Somlo sich neuerdings enger an die herrschende Lehre anschließt, kann auf deren Besprechung verwiesen werden.

1) a. a. O. S. 135.

b) Schwenger.

Soweit Schwenger eine Einigung über die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft für erforderlich erachtet, ist gegen seine Ansicht nichts einzuwenden. Im übrigen aber bestehen in mancher Hinsicht erhebliche Bedenken.

Zunächst ist zu bemängeln, daß das Gesetz eine authentische Interpretation des Beschäftigungsverhältnisses gebe. Wenn wirklich festzustellen ist, daß eine besondere Erwähnung des Vertrages als Grundlage des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nirgends zu finden ist, vielmehr nur in gelegentlichen „Nebenbestimmungen“ (S. 44 a. a. O.) auf es Bezug genommen wird, so hätte dies zum mindesten zu Erwägungen in der Richtung hin Anlaß geben müssen, ob darnach die Behauptung gerechtfertigt erscheint, daß das Gesetz ihn als die selbstverständliche Voraussetzung eines jeden Beschäftigungsverhältnisses ansehe. M. E. spricht die in § 2 Ziff. 3 KVG. gebrauchte Wendung: wenn die Beschäftigung nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages stattfindet, sogar gegen die Annahme, daß in den fraglichen Bestimmungen eine Definition hat gegeben werden sollen. Beschäftigung wird unbestritten in dem KVG. und in der RVO. stets in demselben Sinne gebraucht. Gäbe das Gesetz aber eine authentische Interpretation, so wäre § 2 Ziffer 3 KVG. unverständlich. Es würde dann dort von einer Beschäftigung auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses die Rede sein. Wir übersehen dabei nicht, daß Schwenger die Fassung der Ziffer 3 für unrichtig und die Erwähnung des Arbeitsvertrages nur für die Folge der zur Zeit der Novelle von 1892 herrschenden privatrechtlichen Auffassung des Beschäftigungsverhältnisses hält und sie dahin abändert: daß die Beschäftigung ohne Entgelt stattfindet (S. 48). Allein die Annahme, daß die Beschäftigung der Verwandten stets auf Grund eines Arbeitsvertrages stattfinde, ist unrichtig. Eine Einigung über das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft,

ein Vertrag, liegt nur dann vor, wenn ein beiderseits dahin gerichteter Wille besteht. Bei den Arbeitsverpflichtungen, wie sie das Bürgerliche Recht für Angehörige des Hausherrn vorsieht, und wie sie schon § 2 Ziffer 3 KVG. im Auge hat, kommt es aber auf eine dahingehende Einigung gar nicht an. Die gesetzlichen Bestimmungen des BGB. sind dazu gerade für die Fälle vorgesehen und nötig, wo das widerstrebende Familienglied einseitig durch den Hausherrn zur Arbeit angehalten werden muß. Eine erzwungene Bereitwilligkeit zur Arbeit aber als vertragliche Einigung zu frisieren, ist eine juristische Unmöglichkeit. Dazu weist, wie schon betont, das KVG. in § 2 Ziffer 3, wenn auch nicht so deutlich wie § 176 Ziffer 2 RVO. auf den Unterschied zwischen Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsvertrag hin, indem es die Beschäftigung auf Grund eines Vertrages derjenigen auf Grund familienrechtlicher gesetzlicher oder moralischer Pflichten gegenüberstellt. Es besagt damit nichts mehr und nichts weniger — was aber Schwenger leugnet —, daß die Beschäftigung als Willenseinigung von dem Arbeitsvertrage verschieden ist und daß dieser aber als ihr Rechtsgrund in Betracht zu ziehen ist. Als versicherungsrechtlich bedeutsamer Rechtsgrund wird durch die ausdrückliche Beschränkung auf den Arbeitsvertrag dieser allein als maßgebend anerkannt. So erscheint auch hier wieder die irrtümliche Auffassung des Beschäftigungsverhältnisses als eine Folge seiner Identifizierung mit dem Arbeitsvertrage.

Wie die Konstruktion, so erscheinen auch die zur näheren Begründung des Beschäftigungsverhältnisses herangezogenen Gedankengänge unzutreffend.

Sicher behandeln die Versicherungsgesetze sowohl unter sich als auch anderen Gesetzen gegenüber ein besonderes „soziales Rechtsgebiet“. Sie sind somit ein Teil des öffentlichen Rechtes, und sicherlich schließt es als selbständiger Zweig desselben nicht nur die Anwendung des bürgerlichen

Rechtes, sondern auch die anderer öffentlichrechtlicher Rechtssätze aus, soweit nicht erkennbar einzelne Bestimmungen für anwendbar erklärt werden. Aber was ist daraus zu folgern? Zunächst doch nur, daß die diesem Rechtszweig angehörenden eigentümlichen Institute und Rechtssätze aus ihm heraus zu verstehen sind. Es muß auch hier wieder betont werden, daß das Versicherungsrecht die Verhältnisse, deren Regelung es sich zur Aufgabe gemacht hat, und die „überall da zu suchen sind, wo die Ausbeutung der Arbeitskraft und die darin liegenden sozialen Schädigungen hervortreten können“ [1]), schon vorgefunden hat. So wenig wie diese Verhältnisse, weil sie eben schon früher vorhanden waren, in ihrer rechtlichen Natur durch das Versicherungsrecht im Sinne Hahns beeinflußt werden, so wenig werden sie zu rein versicherungsrechtlichen im Sinne Schwengers. Sie bleiben nach wie vor die aus dem Privat- oder öffentlichem Rechte, aus dem sie entspringen, zu beurteilende Grundlage des Versicherungsrechts. Dieses knüpft erst an sie die ihm eigentümlichen Folgen an. M. E. scheint es auch unschwer erkennbar, daß es nur sie regeln will, im übrigen aber die grundlegenden Verhältnisse unbeeinflußt läßt. Das Gesetz vermeidet es geflissentlich auf sie einzugehen. Soweit es aber in gelegentlichen Nebenbestimmungen auf den Arbeitsvertrag Bezug nimmt, ist daraus keineswegs der Schluß zu ziehen, daß es damit einen ihm eigenen Begriff aufstellen will. Dazu gibt weder die Stellung der diesbezüglichen Bestimmungen, ihr Zusammenhang noch der Wortlaut der betreffenden Stellen Anlaß. Verweist z. B. das KVG. in § 2 Ziffer 3 auf den Arbeitsvertrag als den Rechtsgrund der versicherungspflichtigen Beschäftigung, so tut es in den übrigen Bestimmungen nichts anderes. Es werden hier nur bestimmte Verträge für versicherungsrechtlich ohne Belang erklärt [2]) oder einer besonderen Beurteilung

1) Vergl. Schwenger S. 39 a. a. O.

2) So § 1 Abs. 2 KVG.

unterworfen[1]). Auch hier gilt der in § 2 Ziffer 3 zum Ausdruck gebrachte Grundsatz, daß die RVO. von einem Arbeitsvertrage nur insoweit redet, als er den Grund für das Beschäftigungsverhältnis abgibt. Auf sein Wesen selbst ist daraus kein Schluß im Sinne eines Arbeitsvertrages zu ziehen. Besonderer Wert ist auch auf den Gebrauch des bestimmten Artikels in § 1 KVG. nicht zu legen. Insbesondere kann daraus mit Schwenger nicht angenommen werden, daß das Gesetz dabei von dem versicherungsrechtlichen Vertrage als einem alle Arbeitsverhältnisse umfassenden selbständigen Rechtsgebilde reden will. Die Ausdrucksweise des Gesetzes erklärt sich sehr einfach daraus, daß bei der Formulierung der fraglichen Bestimmung nicht von der Gesamtheit der Arbeitsverhältnisse schlechthin, also in pluraler Form, sondern daß von einzelnen konkreten Arbeitsverhältnissen ausgegangen ist. Der Gebrauch der singularen Form trotz einer Mehrheit der betroffenen Fälle ist durchaus keine Besonderheit. So spricht das BGB. von dem Eigentum, dem Nießbrauch, dem Pfandrecht, obwohl damit keine konkrete, sondern die abstrakte Regelung aller zukünftigen Fälle ins Auge gefaßt ist.

Ist darnach die Ansicht, die Erwähnung des Arbeitsvertrages spreche für die Vertragsnatur des Beschäftigungsverhältnisses, unhaltbar, so erscheinen die Gründe, die Schwenger für die öffentlichrechtliche Vertragsnatur desselben anführt, noch weniger annehmbar.

Bestimmend dafür, ob ein Vertrag dem Zivil- oder öffentlichen Rechte angehört, ist nach Schwenger die ihm innewohnende Tendenz (S. 33 a. a. O.). Gewiß ist ein Vertrag nicht gleich den ihm zu Grunde liegenden Tatsachen und es kann eine Einigung über eine Arbeitsleistung und ihr Entgelt sowohl ein Vertrag des Zivil- als auch ein solcher des öffentlichen Rechtes sein. Allein das richtet sich

1) So § 3a KVG., § 166 ff. RVO.

darnach, nach welchem Rechte er zu beurteilen ist. Dem öffentlichen Rechte gehört er an, wenn er Verhältnisse regelt, die ein öffentliches Gemeinwesen als solches angehen, dagegen dem Privatrecht, wenn er Rechtsverhältnisse Einzelner als Einzelner ordnet[1]). Was dazu Schwenger als die Tendenz des zivilrechtlichen Vertrages bezeichnet, daß er Rechte begründe, verändere und aufhebe, ist in Wahrheit nichts anderes als der wesentliche Inhalt nicht nur des zivilrechtlichen, sondern des Vertrages überhaupt. Denn was bedeutet Vertrag anderes als wie Klarheit schaffen in den gegenseitigen Rechtsbeziehungen? Die Auffassung Schwengers beruht auf einer Verwechselung des Vertragsinhalts mit der ihm innewohnenden Tendenz. Als solche bezeichnet er bei dem versicherungsrechtlichen Vertrage die Herbeiführung eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses. Nun ist aber ohne weiteres klar, daß diese Tendenz in gleicher Weise auch einem zivilrechtlichen Vertrage innewohnen kann. Man denke nur daran, unter welchen Bedingungen oft zivilrechtliche Verträge abgeschlossen werden! War nicht gerade die drückende wirtschaftliche Abhängigkeit der Arbeiterklassen die Hauptursache der Sozialgesetzgebung überhaupt? Dies erkennt Schwenger eigentlich auch an, wenn er sagt, die Tendenz des versicherungsrechtlichen Vertrages sei die gleiche, die in gewissen Tatsachen kraft Gesetzes immer liege.

Des weiteren bleibt auch unverständlich, wie zwei Subjekte des Privatrechts, der Arbeitgeber und -nehmer, einen öffentlichrechtlichen Vertrag schließen sollen, wo es sich nur um die Regelung der sie allein angehenden privaten Rechtsbeziehungen handelt. Nehmen wir an, daß die Einigung über die Arbeitsleistung als Tatsache auch eine zivilrechtliche

---

1) Enneccerus Bd. 1 S. 171.

Tendenz hat, d. h. daß ein zivilrechtlicher Dienstvertrag über Leistung von Diensten gegen Entgelt vorliegt, so kann darin unmöglich noch ein öffentlichrechtlicher Vertrag liegen, weil eben seine Beurteilung lediglich nach den zivilrechtlichen Regeln des Dienstvertrages erfolgt. Wenn Schwenger indes nur an die auf Erfüllung eines zivilrechtlichen Vertrages, also auf den Antritt zur Arbeit gerichtete Willenseinigung denken sollte, so kann darin ein versicherungsrechtlicher Vertrag um so weniger liegen, als es sich auch hier wieder um eine privatrechtliche Angelegenheit, keineswegs aber um eine versicherungsrechtliche handelt. Als solche wird sie, weil sich an sie die Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen und das Recht auf die gesetzlichen Leistungen knüpft, ebensowenig zu einer versicherungsrechtlichen, wie andere zivilrechtliche Rechte und Rechtsverhältnisse. An den Abschluß privatrechtlicher Verträge knüpfen sich vielfach öffentlichrechtliche Pflichten (z. B. Stempelgebühren). Auch das Eigentum bringt solche Rechte und Pflichten zur Entstehung. Man kann sie wohl als die öffentlichrechtlichen Reflexwirkungen privatrechtlicher Verhältnisse bezeichnen.

Nicht anders ist auch das Beschäftigungsverhältnis zu beurteilen. Von einem öffentlichrechtlichen Vertrage kann um so weniger die Rede sein, als es ja weder auf den Abschluß einer Versicherung, noch auf die Begründung der Beitragspflicht usw. gerichtet ist. Diese Wirkungen treten vielmehr kraft Gesetzes auch gegen den Willen der Parteien ein.

Die Annahme Schwengers ist daher in allen Punkten unzutreffend. Gegen einen besonderen, vom zivilrechtlichen Grundvertrage unabhängigen Arbeitsvertrag sprechen auch die oben § 6 und 9 angeführten Gründe.

Gegen Schwenger spricht auch die Art, wie er die Vertragsnatur des Beschäftigungsverhältnisses im einzelnen

verwertet wissen will[1]). Zunächst erscheint von seinem Standpunkte die Verneinung des Erfordernisses der Geschäftsfähigkeit bedenklich, zumal er so weit geht, die natürliche Willensfähigkeit eines Geisteskranken nach richterlichem Ermessen genügen zu lassen. Inwieweit die Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes hinsichtlich dieses Punktes zugleich auch solche des öffentlichen Rechtes sind, kann hier dahinstehen. Sicher ist, daß letzteres im allgemeinen höhere Anforderungen in dieser Beziehung für die Ausübung rechtswirksamer Handlungen stellt. (Wahl für öffentliche Ämter, Ausübung erblicher öffentlicher Rechte.) Eine so schrankenlose Freiheit, wie Schwenger sie annimmt, hätte auch im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen. Es geht nicht an, sie aus der ratio legis abzuleiten, der zufolge alle wirklich arbeitenden Personen versicherungsrechtlich geschützt werden sollen. Aber selbst wenn aus dem Gesetze stillschweigend der Standpunkt Schwengers herauszulesen wäre, so müßte doch das Ergebnis der Auslegung ein ein für allemal feststehendes sein. Statt dessen soll aber das freie richterliche Ermessen genügen.

Was die Form und den Inhalt der Willenserklärung angeht, so hat auch hier Schwenger auf zivilrechtliche Grundsätze zurückgegriffen und sie soweit modifiziert, als es seinen Bedürfnissen entspricht. Woher er die Berechtigung für eine derartige Umgestaltung von Rechtssätzen nimmt, denn eine solche soll es doch sein, da sie seinen Arbeitsvertrag regieren, ist unerfindlich. Ein Anhaltspunkt läßt sich dafür im Gesetze nicht finden. Die von ihm zur Anwendung gebrachten Regeln sind vielmehr solche, die auch außerhalb des Rechtsverkehrs anerkannt sind und außerhalb rechtlicher Regelung stehen.

Den Beweis für die Vertragsnatur des Beschäftigungsverhältnisses hat auch Schwenger nicht erbracht. Im

---

1) Vergl. Schwenger S. 48, 49.

Gegenteil spricht seine gelegentliche Gegenüberstellung des Willens aus dem Arbeitsvertrage mit dem zu Grunde liegenden Pflichtwillen aus dem Dienstvertrage, sowie auch der Umstand, daß die natürliche Willensfähigkeit genügend ist gegen seine Ansicht und zwingt zu der Folgerung, daß die Beschäftigung als Willensverhältnis kein rechtliches, sondern ein *tatsächliches* Verhältnis ist.

III. Hauptabschnitt.

Neue Lehre über das Beschäftigungs-verhältnis.

§ 11.

1. Vorbemerkung.

Wenn im Vorangegangenen eine eingehende Darstellung und Kritik der bestehenden Lehren gegeben wurde, so geschah das deshalb, weil dies als geeigneter Weg erschien, darzutun, daß bisher eine zwanglose und zweckentsprechende Auffassung des Beschäftigungsverhältnisses nicht gelungen ist.

Wie bisher, so bildet auch weiterhin nur das Beschäftigungsverhältnis Gegenstand der Erörterung. Der Begriff der Beschäftigungstatsache ist für die richtige Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses von keinerlei Bedeutung.

Im folgenden handelt es sich darum, die in der Kritik gewonnenen Ergebnisse zusammenzufassen. Es ist darin bereits hervorgetreten, daß das Beschäftigungsverhältnis weder ein zivil- noch ein öffentlichrechtlicher Vertrag ist. Es bleibt daher nur die Folgerung, daß es ein Vertragsgebilde im üblichen Sinne überhaupt nicht sein kann. M. E. wird bisher allgemein die richtige Erkenntnis der Beschäftigung zum guten Teile dadurch getrübt, daß man bei der

Behandlung der Fälle zu sehr von dem Bestreben ausgeht, das Beschäftigungsverhältnis von dem Erfordernis eines gültigen zivilrechtlichen, oder, soweit es sich um Beamtenverhältnisse handelt, öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrages unabhängig zu machen. Geradezu bedenklich ist es aber m. E. in Verfolg der richtig erkannten ratio legis, daß das Gesetz den Schutz aller werktätigen Personen anstrebt, auch dann, wenn im Einzelfalle kein auf dem zivil- oder öffentlichrechtlichen Wege verfolgbarer Vertragsanspruch besteht, bei dem Aufbau des Beschäftigungsverhältnisses diese Ausnahmefälle in den Vordergrund zu stellen. Wenn nämlich ungeachtet des Versicherungsrechtes Dienst- usw. Verträge geschlossen werden, so ist auch davon auszugehen, daß sie rechtsgültig entstehen. Dieser Gesichtspunkt ist auch bei der Untersuchung des Beschäftigungsverhältnisses zu Grunde zu legen. Nur unter der Voraussetzung des mangelnden zivilrechtlichen Vertrages hat die Ansicht Hahns und Rosins von der Auflösung des Privatrechts durch das öffentliche Recht eine scheinbare Berechtigung. Sofort zeigen sich die Schwierigkeiten und das Unhaltbare dieser Lehren, wenn wirklich ein gültiger zivilrechtlicher Dienstvertrag vorhanden ist. Der Beweis der Unabhängigkeit des Beschäftigungsverhältnisses von dem zu Grunde liegenden Arbeitsvertrag kann entweder überhaupt nicht oder nur in der Weise geführt werden, daß dargetan wird, daß es nicht die durch das öffentliche Recht in der Anwendung privatrechtlicher Vorschriften modifizierte Erscheinungsform des letzteren oder aber gar ein auf denselben Tatsachen wie der Grundvertrag beruhender besonderer versicherungsrechtlicher Vertrag ist. Denn liegt z. B. ein förmlicher Dienstvertrag vor, so läßt er sich, wie es die Anhänger der Vertragstheorie tun, in seiner Bedeutung für das Versicherungsrecht nicht einfach beiseite schieben[1]) oder aber durch das Versicherungsrecht

---

1) So Schwenger.

bis zur Inhaltslosigkeit nach Gutdünken modifizieren[1]). Denn der von ihnen behauptete Zusammenhang beider Rechtsgebiete in ihrem Sinne ist eine unbewiesene und nach dem Gesetze auch unbeweisbare Unterstellung.

Wenn man die oben S. 79ff. dargelegte Beziehung des Versicherungsrechts zu dem Zivilrecht und den Zweigen des öffentlichen Beamtenrechts als richtig anerkennt, so ist es auch auf Grund der im Gesetze enthaltenen Unterlagen nicht schwer, eine befriedigende Lösung für das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses zu finden, durch die — und darauf kommt es am Ende allein an — die in der Rechtsprechung auftauchenden Fälle einer sachgemäßen und vor allem natürlichen und einfachen Lösung entgegengeführt werden. Daß aber unsere Auffassung von dem Verhältnis des Versicherungsrechtes zu dem die Anstellungsverhältnisse beherrschenden Rechtsgebieten eine sachgemäße ist, kann mangels einer unzweifelhaften gegenteiligen Äußerung des KVG. und der RVO. nicht geleugnet werden. Denn ehe aus der spärlichen Erwähnung des Arbeitsvertrages der Schluß gezogen werden kann, daß es sich dabei um ein den Versicherungsgesetzen eigentümliches oder um ein von ihnen wesentlich modifiziertes Rechtsinstitut handelt, ist doch zu untersuchen, ob diese nicht vielmehr in den angezogenen Stellen lediglich derjenigen Rechtsverhältnisse Erwähnung tun, die ihrerseits erst der Anstoß für die Versicherung überhaupt gewesen sind. So wie sie die Sozialgesetzgebung vorgefunden hat, und nicht, wie sie sie erst gestaltet hat, sind sie Anlaß gesetzgeberischer Maßnahmen gewesen. Diese unsere Auffassung wird im folgenden noch wesentlich erhärtet werden, wenn es sich darum handelt, die vom Gesetze selbst gegebenen Anhaltspunkte erkenntnistheoretisch zu verwerten. Es werden zunächst die in der RVO. zu

---

1) So die Anhänger der privatrechtlichen Theorie.

findenden Hinweise auf das Beschäftigungsverhältnis an dieser Stelle soweit zu vereinen sein, als sie uns auf dem Wege zur Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses weiter führen.

2. Erkenntnisquellen.

§ 12.

a) Die gesetzlichen Grundlagen in der RVO.

Das Gesetz bedient sich zur Umgrenzung des versicherungspflichtigen Personenkreises verschiedener Ausdrucksweisen, je nachdem es von dem Arbeitenden allein als Objekt der gesetzlichen Fürsorge oder aber in seinem Verhältnis als Arbeitnehmer zum Arbeitgeber spricht. Am häufigsten findet sich die erste Fassung. Im § 166 werden die unständig Beschäftigten, im § 167 „andere Gruppen von Beschäftigten„ genannt. Nach § 169 sind versicherungsfrei die in „Betrieben oder im Dienste des Reiches, eines Bundesstaates, eines Gemeindeverbandes oder eines Versicherungsträgers Beschäftigten“, wenn ihnen gewisse Leistungen zustehen. Nach § 170, § 171 können die im Betriebe oder im Dienste anderer öffentlicher Verbände oder Körperschaften Beschäftigten auf Antrag des Arbeitgebers von der Versicherungspflicht befreit werden. Ferner findet sich der Ausdruck „Beschäftigte“ in vielen §§, z. B. in § 176 Ziffer 1, § 235, § 250, § 317, § 417, § 418, § 427 u. a. mehr. Dem allgemeinen Sprachgebrauche nach bedeutet Beschäftigung, sich beschäftigen, zwar nicht notwendig eine Anstellung zur Arbeit, vielmehr ist darin auch die Arbeit mit inbegriffen, die jemand aus eigenem Antrieb und zu eigenem Nutzen leistet. Der Sprachgebrauch der RVO. aber ist enger. Schon die ratio legis zeigt, daß nur die durch die Ausbeutung der Arbeitskraft des Arbeiters, also die aus seiner

Beziehung zu einem Dritten entstandenen Mißstände beseitigt werden sollen. Aber auch die Erwähnung des Arbeitgebers, z. B. in § 245, § 249 u. a., sowie seine Beteiligung an den aus der Versicherung entspringenden Rechten und Pflichten zeigt, daß seine Anteilnahme bei Entstehung des Versicherungsverhältnisses unerläßlich ist.

Der Hinweis auf die Beschäftigung als eines zweiseitigen Verhältnisses findet sich direkt z. B. in § 165. Voraussetzung für die Versicherungspflicht der dort in Absatz 1 Ziffer 1 bis 5 und 7 genannten Personen ist, daß sie .... beschäftigt werden. Nach § 174 werden auf Antrag des Arbeitgebers befreit Lehrlinge, solange sie im Betriebe der Eltern beschäftigt sind, und Personen, die bei Arbeitslosigkeit in Arbeiterkolonien beschäftigt werden.

Deutlicher erhellt die Mitwirkung des Arbeitgebers aber aus den Gesetzesstellen, wo von einer Anstellung durch den Arbeitsherrn die Rede ist. Ein Arbeitgeber kann nach § 245 eine Betriebskrankenkasse errichten, wenn er eine bestimmte Zahl von Versicherungspflichtigen beschäftigt (vergl. auch § 249). Am deutlichsten sind aber die Stellen, wo direkt von dem Beschäftigungsverhältnis die Rede ist. Nach § 176 Ziffer 2 z. B. können Familienangehörige des Arbeitgebers, die ohne eigentliches Arbeitsverhältnis und ohne Entgelt in seinem Betriebe tätig sind, der Versicherung freiwillig beitreten. Die synonyme Bedeutung von Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis erhellt aus § 309: „In welche Klasse Versicherte gehören, die gleichzeitig in verschiedenen versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen stehen, richtet sich nach ihrer überwiegenden Beschäftigung. Im Zweifel entscheidet das Arbeitsverhältnis, in das sie zuerst eingetreten sind“. In demselben Sinne sind auch die Vorschriften zu verstehen, in denen vom Eintritt und Austritt aus der Beschäftigung die Rede ist, z. B. § 306, § 313. Die Beispiele ließen sich

beliebig vermehren, da wohl in über der Hälfte aller §§ der RVO. ein Hinweis auf die Beschäftigung in dieser oder jener Form enthalten ist. Für unsere Zwecke ist aber das Bisherige ausreichend.

Es geht daraus für die Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses zunächst nur hervor, daß die Beziehung zweier Personen erforderlich ist, derzufolge einer Arbeit gibt, der andere nimmt. Die danach zu diesem Zweck erforderliche Willenseinigung wird im Sinne des Gesetzes Beschäftigungsverhältnis genannt.

Über die Natur dieser Willenseinigung sagt das KVG. und die RVO. nichts. Es ist von Schwenger[1]) behauptet worden, die gelegentliche Erwähnung des Arbeitsvertrages im KVG. habe die Bedeutung einer authentischen Interpretation in dem Sinne, daß Beschäftigungsverhältnis gleich Arbeitsvertrag sei, andererseits ist dieser Erwähnung jegliche Bedeutung abgesprochen worden[2]). Es ist darüber oben schon verhandelt worden. Richtig ist danach aber ohne weiteres zunächst nur, was auch Schwenger andeutet, in seinem Sinne aber als Übereinstimmung beider versteht, daß die Erwähnung des Arbeitsvertrages bei der Definition des Beschäftigungsverhältnisses einen wichtigen Anhaltspunkt gibt. Literatur und besonders auch die Rechtsprechung sind in dieser Hinsicht äußerst unklar, wenn auch die Entscheidungen im Gefühle des praktischen Bedürfnisses meist das Richtige treffen.

Eines muß uns gleich vorweg auffallen. Sollte nämlich der Arbeitsvertrag im Sinne des Gesetzes in irgend einer Gestalt identisch sein mit dem Beschäftigungsverhältnis, so wäre schon äußerlich die gesetzestechnische Anordnung irre-

---

1) S. 22, 44 a. a. O.

2) Stier-Somlo, Deutsche Sozialgesetzgebung S. 32.

führend. Denn von einer gelegentlichen Erwähnung abgesehen, findet man in den maßgeblichen Bestimmungen der §§ 165 ff. keine Spur von dem Arbeitsvertrage. Erst in den besonderen Vorschriften der §§ 416 ff. findet er sich häufiger[1]).

Die Bedeutung dieser Vorschriften für die Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses kann nicht zweifelhaft sein, wenn man den Wortlaut des § 418 Ziffer 3 ins Auge faßt. Er lautet: Voraussetzung — der Befreiung landwirtschaftlicher Arbeiter — ist, daß

1. ....

2. ....

3. er den Antrag für seine sämtlichen in der Landwirtschaft Beschäftigten stellt, soweit sie durch Vertrag zu regelmäßiger Arbeit für mindestens 2 Wochen verpflichtet sind.

Bezüglich der Bedeutung des Wortes „Vertrag" kann nach den Ausführungen über den Charakter der Sozialgesetzgebung und ihren Zusammenhang mit dem Zivilrecht kein Zweifel sein, daß hier der zivilrechtliche Arbeitsvertrag gemeint ist, wie er sich ganz ohne Rücksicht auf das Sozialrecht darstellt. Die Regelung der Verhältnisse des Arbeitsmarktes vollzieht sich unabhängig von dem Sozialrecht, und wenn dieses, wie hier bestimmte Verhältnisse, nämlich solche, bei denen ein Arbeitsvertrag von mindestens 2 Wochen abgeschlossen ist, zum Gegenstand besonderer versicherungsrechtlicher Regelung macht, so ist doch bei Ermangelung einer anderweitigen gesetzlichen Bestimmung oder einer logischer Weise möglichen gegenteiligen Schlußfolgerung nur, wie sonst die allgemeine, so hier die besondere Regelung seiner versicherungsrechtlichen Seite beabsichtigt.

---

1) Vergl. §§ 419, 420 RVO.

Materiell aber spricht § 418 Ziffer 3 nicht von dem Vertrage als dem Beschäftigungsverhältnis, sondern von Beschäftigten, die durch den Vertrag zu einer Arbeit von bestimmter Dauer verpflichtet sind. Damit scheidet er m. E. das Beschäftigungsverhältnis von seinem Grunde, der vertraglichen Verpflichtung. Im Sinne der ratio legis ist damit im Gesetze auch hier zum Ausdruck gebracht, daß nicht der Abschluß des Arbeitsvertrages, also die Begründung einer Verpflichtung zur Arbeit allein die Versicherungspflicht begründet, sondern nur die Beschäftigung, die auf Grund eines Arbeitsvertrages stattfindet.

Dieser Auffassung steht auch § 441 RVO. nicht entgegen. Wenn danach unständig die Beschäftigung ist, die durch den Arbeitsvertrag im Voraus auf weniger als 1 Woche beschränkt ist, so kann damit sinngemäß nur gemeint sein, daß die Verpflichtung zur Arbeitsleistung zeitlich beschränkt sein soll.

Die spärlichen Erwähnungen des Arbeitsvertrages, weit davon entfernt eine Definition des Beschäftigungsverhältnisses zu enthalten, haben uns wenigstens die Möglichkeit gegeben, zu erkennen, daß der Arbeitsvertrag nur als seine Grundlage in Frage kommen kann. Diese Erkenntnis ist insofern neu, als hiermit dem Arbeitsvertrage eine von der herrschenden Lehre abweichende Stellung angewiesen wird. Die Erkenntnis, daß der zivilrechtliche Arbeitsvertrag an sich das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses nicht erschöpfen könne, daß insbesondere durch seinen Abschluß allein ein Versicherungsverhältnis nicht begründet wird, ist dagegen schon früher gefunden worden. Denn unzweifelhaft ist, daß der Arbeiter, der z. B. am Samstag für die nächsten Wochen bei mehreren Arbeitgebern um Arbeit nachfragt und von mehreren vom kommenden Montag ab angenommen wird, noch nicht am Samstag versicherungspflichtig, mithin noch nicht beschäftigt ist. Das Beschäftigungsverhältnis tritt vielmehr nur im Verhältnis zu dem Arbeitgeber ein, bei dem er am Montag

tatsächlich zur Arbeit antritt. Das Bewußtsein, daß der Antritt zur Arbeit das Wesentliche sei, hat bisher seinen Ausdruck nur in dem unklaren Begriffe der tatsächlichen Verfügungsmacht gefunden, meist sogar nur in der Weise, daß ihr neben dem Vertrage keine besondere Bedeutung zukam[1]).

Auch der Gesetzgeber, der naturgemäß vollständig unter dem Einfluß der herrschenden Lehre stand, ist sich dieses Unterschiedes in seiner wirklichen Bedeutung nicht bewußt gewesen. Und doch ging schon aus § 2 Ziffer 3 KVG. die richtige Auffassung unzweifelhaft hervor. Es wird zwar nicht verkannt, daß es gefährlich ist, auf den oft zufällig zustande gekommenen Wortlaut des Gesetzes bei seiner Auslegung entscheidendes Gewicht zu legen. Indessen bestehen solche Bedenken nicht in Fällen, wo die Verhältnisse durchaus klar liegen. Ziffer 3 des § 2 sprach von

> Familienangehörigen, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages im Betriebe des Arbeitgebers beschäftigt werden.

Die an dessen Stelle getretene Bestimmung des § 176 Ziffer 2 RVO. sagt dafür:

> Familienangehörige des Arbeitgebers, die ohne eigentliches Arbeitsverhältnis und ohne Entgelt in seinem Betriebe tätig sind.

Die Gegenüberstellung des Wortlautes beider Bestimmungen ergibt sicher, daß das *eigentliche* Arbeitsverhältnis ein solches auf Grund eines Vertrages ist, ein *uneigentliches* im Sinne der RVO. aber ein solches auf Grund verwandtschaftlicher Beziehungen. „Auf Grund“ eines Vertrages bedeutet aber auch nach dem Sprachgebrauche nichts anderes als „zur Erfüllung“ eines Vertrages.

---

1) So besonders *Rosin* a. a. O.

Ein Arbeitsverhältnis im Sinne der RVO. ist, wie sich daraus auch hier wieder ergibt, ein solches, dessen Rechtsgrund ein bestimmt gearteter Arbeitsvertrag ist.

Zu dieser scharfen Unterscheidung wäre man sicher schon längst gekommen, wenn man bisher dem Erfüllungsstadium der Arbeitsverträge größere Beachtung gewidmet hätte. Von den mannigfachen Ansätzen in dieser Richtung seien nur einige hervorgehoben. Ganz dunkel und unklar ist die schon erwähnte Einleitung des RVA. S. 9 Ziffer 11 in der Wendung: „bezüglich des Beschäftigungsverhältnisses ergeben sich notwendig in einzelnen Beziehungen Abweichungen von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise". Hier ist der springende Punkt noch nicht erkannt.

Gelegentlich finden sich auch in der herrschenden Lehre Anklänge an unsere Auffassung; allerdings so zaghaft und unbestimmt, daß ihre Urheber selbst besondere Folgerungen aus ihnen nicht gezogen haben. Schon Rosin[1]) sagt, daß „nicht der formale Rechtsanspruch, sondern die tatsächliche Verwirklichung des Arbeitsverhältnisses entscheidend sei". Klarer noch ist die vereinzelte Bemerkung Hahns von dem auf dem Arbeitsvertrage beruhenden, durch den Antritt zur Arbeit in Wirksamkeit getretenen Verhältnisse zwischen Arbeitgeber und -nehmer.

Auch die Rechtsprechung zeigt Ansätze richtiger Erkenntnis. So ist nach einem Urteile des Pr. OVG. vom 1. 12. 1900 das Beschäftigungsverhältnis mit einem zivilrechtlich gültigen Vertrage nicht unbedingt(!) identisch; denn die versicherungspflichtige Beschäftigung sei nicht ausschließlich „rechtlicher", sondern zu einem wesentlichen Teile auch „tatsächlicher" Natur und bestehe schon bei tatsächlicher Arbeitsleistung auf Grund der Willensübereinstimmung bis zu deren Ende und damit zusammenhängend bis zur Einstellung der tatsächlichen Arbeitsleistung. Wir haben aller-

1) Bd. 2 S. 50.

dings in Anbetracht dieser Entscheidung Zweifel, ob das OVG. nicht lediglich von seinem praktischen Empfinden geleitet worden und die wahre Rechtslage auch hier unerkannt geblieben ist.

Die Bedeutung des Arbeitsvertrages als Rechtsgrundlage einer Arbeitsleistung vergegenwärtigt man sich am besten zunächst einmal an Vertragsverhältnissen, die nicht auf eine Arbeits-, sondern auf eine Sachleistung gerichtet sind. Entsprechendes gilt auch für Arbeitsverträge. Der Kaufvertrag z. B. ist gerichtet auf Verschaffung des Eigentums an einer Sache gegen Entgelt. Die Erfüllung dieses Vertrages geschieht wieder durch ein Rechtsgeschäft, den dinglichen Übereignungsvertrag. Das Verhältnis beider zueinander wird herkömmlich dahin gekennzeichnet, daß das dingliche Geschäft abstrakt, d. h. von dem obligatorischen in seinem Bestande unabhängig sei. Die praktische Bedeutung dieser juristisch-technischen Ausdrucksweise ist hauptsächlich die, daß die Übereignung als Erfüllung auch dann gültig ist, wenn die Verpflichtung nicht rechtsbeständig ist, weil z. B. der Vertragsschluß in Wahrheit gar nicht zustande gekommen oder aber aus irgend welchen Gründen die einmal entstandene Verpflichtung vor der Übereignung wieder erloschen ist. Die Verpflichtung zur Übereignung ist aber auch hier nur der Rechtsgrund zu ihr; das rechtliche Korrektiv gegen derartige, des Grundes entbehrende Vermögensverschiebungen gibt das Recht in dem Satze, daß der Leistende gegen den Empfänger, weil dieser auf Kosten des letzteren ungerechtfertigt bereichert ist, einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigt erlangten Bereicherung, d. h. Rückübereignung, unter Umständen Herausgabe des Wertes hat. Dieser Gedanke wird in der Folge in seiner Bedeutung für das Beschäftigungsverhältnis noch eingehend gewürdigt werden.

Allerdings ist die Natur der Erfüllung, soweit sie ein Rechtsgeschäft ist, an sich auch geeignet, zu Bedenken in der Richtung Anlaß zu geben, wie die Fälle mangelnder Geschäftsfähigkeit, die den Arbeitsvertrag an sich schon ungültig

machen, hier zu beurteilen sind. Darauf ist aber zweckgemäß erst im nächsten § einzugehen.

Im praktischen Endergebnis steht schon der Bayrische Verwaltungsgerichtshof in einer Entscheidung vom 10. 6. 1895[1]) auf ähnlichem Standpunkte, wenn er annimmt, das Beschäftigungsverhältnis werde nicht durch die Willensübereinstimmung nach Art eines Vertrages, sondern ausschließlich durch die Tatsache des Beschäftigtseins kraft Gesetzes begründet. Der oben entwickelte Unterschied tritt hier schon in der Feststellung hervor, daß das Arbeitsverhältnis ein tatsächliches und von der rechtlichen Gültigkeit eines Arbeitsvertrages unabhängiges Verhältnis ist. Indem wir uns diesen Ausführungen, die in der Praxis weiter keinen Ausbau gefunden haben, voll anschließen, erkennen wir damit weiter an, daß das Beschäftigungsverhältnis als Erfüllung eines Arbeitsvertrages notwendig tatsächlicher Natur ist, im Gegensatz zum Erfüllungsgeschäft der Sachleistungsverträge.

§ 13.

b) Die rechtliche Natur der Erfüllung bei Arbeitsverträgen.

Wenn uns unsere Auffassung von dem Beschäftigungsverhältnis als eines von dem Arbeitsvertrage verschiedenen, mit ihm nur als seinem rechtlichen Grunde zusammenhängenden Verhältnisses zwingt, auf die rechtliche Lage eines Vertrages im Stadium der Erfüllung, insbesondere auf die Natur derselben, näher einzugehen, so kann nicht zweifelhaft sein, daß dies hier nur soweit zu geschehen hat, als es für die Frage nach dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses von Bedeutung ist. Deshalb können wir uns darauf beschränken, nachzuweisen, daß bei allem über die Rechtsnatur der Er-

1) Bd. 16 S. 246.

füllung herrschenden Streite in allen Fällen, also auch für die Anhänger der Rechtsgeschäftsnatur ein tatsächliches Arbeitsverhältnis vorhanden ist.

Erfüllung ist die Bewirkung der geschuldeten Leistung[1]), ist die Verwirklichung des Obligationsinhaltes, Umsetzung des abstrakten Gebotes zu leisten, in konkretes diesem Verbote entsprechendes Verhalten des Schuldners[2]). Soweit dieses Verhalten sich auf Arbeitsverträge bezieht, kann es nur tatsächlicher Natur sein, sowohl was die darauf gerichtete Willensbetätigung des Schuldners selbst, als auch, was die unter Umständen — beim Dienstvertrage im Gegensatz zum Auftrage immer — nötige Mitwirkung des Gläubigers durch Anweisung, Darbieten der Arbeitsmöglichkeit usw. angeht. Die einzigen Bedenken, die zu zerstreuen sind, sind die, daß es sich in dem Beschäftigungsverhältnis nicht nur um dieses tatsächliche Verhältnis als solches, sondern vielmehr gerade in seiner Eigenschaft als Erfüllung einer Arbeitsverpflichtung handelt. Sofern nämlich die Erfüllung als solche rechtsgeschäftliche Natur hat, entstehen unter Umständen dieselben Fragen hinsichtlich der mangelnden Geschäftsfähigkeit, wie sie bei der herrschenden Lehre hinsichtlich des Arbeitsvertrages uns entgegengetreten sind.

In den Worten des § 362 Abs. 1 BGB.: das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, liegt ein offener Ausspruch über die Rechtsnatur der Erfüllung nicht. Diese Frage ist, wie die Motive[3]) bekennen, absichtlich der Wissenschaft überlassen worden. Es würde aber, wie gesagt, abwegig sein, würde an dieser Stelle der hier herrschende Streit bis ins Einzelne aufgerollt und erörtert werden. Als unerheblich scheiden von vornherein schon die Fälle aus, wo die Erfüllung ohne jegliches Zutun des Gläubigers erfolgt, Fälle, die offenbar

1) Enneccerus Bd. 1 § 283 S. 152.
2) Staudinger, Kommentar II, 1 S. 367.
3) Bd. 2 S. 81 ff.

außerhalb des § 362 liegen, da eine Leistung an den Gläubiger hier nicht möglich ist[1]). Hierher gehören die Verpflichtungen zu einem Unterlassen und auch die Ausführung eines Auftrages, wo in der Regel eine Mitwirkung des Gläubigers nicht nötig ist. Von Interesse sind nur die Fälle, wo eine solche Mitwirkung erforderlich ist, wo also die Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

Zwei sich diametral gegenüberstehende Ansichten über die Natur der Erfüllung sind zunächst zu unterscheiden.

Nach der einen[2]) ist die Erfüllung als solche zu scheiden von der ihren Inhalt bildenden Leistung — dem Leistungsgeschäft, sofern an eine Übereignung gedacht ist. Die erstere ist lediglich ein ex lege durch Zweckerreichung begründetes Erlöschen der schuldnerischen Verpflichtung. Soweit also die Leistung tatsächlicher Natur ist, ist demnach auf beiden Seiten Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich.

Klein[3]) dagegen spricht die Erfüllung stets als Rechtsgeschäft, und zwar als Vertrag an. Die Fälle allerdings, wo der Gläubiger befriedigt wird, ohne den Willen der Schuldtilgung zu haben, die also der Annahme eines Erfüllungsvertrages entgegenstehen, werden auf dem Wege der Zweckerreichung zur Lösung gebracht. Nach Enneccerus ist in jedem Falle neben der Bewirkung der geschuldeten Leistung die ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Erklärung des Leistenden erforderlich, daß die Leistung zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit erfolge, sowie auch die Erklärung des Gläubigers, daß er sie in dieser Absicht annehme. Soweit ein dahingehender Wille des Gläubigers nicht vorhanden ist, ist zwar trotz gültiger Leistung die Schuld nicht untergegangen, der

---

1) Vergl. Staudinger a. a. O.

2) Vertreten von Pferche, Bereicherungsklagen S. 100, Ortmann zu § 362 Nr. 4.

3) Natur der causa solvendi, 1903.

Gläubiger aber grundlos bereichert und dem Schuldner gegen den Anspruch des Gläubigers eine Bereicherungseinrede und die Anfechtungsmöglichkeit gegeben[1]).

Eine Mittelmeinung, die aber in ihren Konsequenzen unklar und unübersichtlich ist, wird neuerdings von Kretschmar[2]) vertreten. Danach kommt dem rechtsgeschäftlichen Moment keine selbständige Bedeutung zu. Von der Natur der Leistung hängt es ab, ob die Erfüllung Rechtsgeschäft, Vertrag oder einzelne Rechtshandlung ist. Nur eine sekundäre Bedeutung des Rechtsgeschäfts greift insofern Platz, als bei gewissem Leistungsinhalt diesem seine Bestimmung zur Tilgung einer bestimmten Obligation normaler Weise durch Willensakt aufgeprägt wird. Deshalb ist, sofern die Erfüllung eine unter Mitwirkung des Gläubigers zu vollbringende Dienstleistung ist, überhaupt kein, auch kein einseitiges Rechtsgeschäft vorhanden. Nur sofern die Erfüllung nur durch Rechtsgeschäft, z. B. durch Übereignung zu bewirken ist, ist diese Vertrag. Aber auch nur auf den dinglichen Akt kommt es als Einigung an, eine solche über die causa solvendi ist nicht nötig, sofern nur ein einseitiger Tilgungswille des Schuldners vorhanden ist, dessen Bestimmung nach dem im § 366 enthaltenen Prinzipe allein maßgebend sein soll[3]).

Wenn Kretschmar das auf Befreiung des Schuldners durch Befriedigung des Gläubigers gerichtete Rechtsgeschäft (Übereignung) und die Erfüllung als Verwirklichung des Obligationsinhalts scheidet und beide Momente des Erfüllungsaktes dadurch in Verbindung miteinander bringt, daß er eine Willenserklärung des Schuldners fordert, die der Leistung „die Beziehung zur Schuldtilgung aufprägt“, so ist mit diesen schwerverständlichen Worten nichts weiter gesagt, als daß die Erfüllungshandlung auf Seiten des Schuldners

1) Vergl. Enneccerus I, 2 S. 153/4, auch Planck, Kommentar 2 S. 140/41.

2) Die Erfüllung 1906 I S. 107.

3) Kretschmar S. 110 ff., Staudinger II, 1 S. 369.

auch abgesehen vom Übereignungsvertrag ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, also auch Geschäftsfähigkeit erfordert, aber in der Regel in dem Leistungsgeschäft aufgeht. Nicht minder aber ist m. E. dieser Bestimmungswille, ganz abgesehen von dem etwa zu erfordernden Annahmewille des Gläubigers, doch auch dann vorhanden, wenn die Leistung als solche kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein tatsächlicher Vorgang oder Zustand ist, wie z. B. beim Dienstvertrage. Staudinger will dies jedoch nicht gelten lassen. Nach ihm ist auch die durch den Geschäftsunfähigen erfolgte Dienstleistung die vollgültige Erfüllung, wie auch nmgekehrt, soweit die Leistung keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, oft auch nach Maßgabe des Schuldverhältnisses an Geschäftsunfähige erfüllt werden „dürfe, könne oder müsse".

Es kann hier dahingestellt bleiben, welche Ansicht die richtige ist, insbesondere auch inwieweit die Bezugnahme auf § 185 BGB. im § 362 Abs. 2 die Erfüllung als Verfügung eines Gläubigers über die ihm zustehende Forderung ansieht und deshalb auch eine dahingehende Willenserklärung des Gläubigers erfordert. Die Erfüllung ist ein Gesamttatbestand. Wir müssen in ihr unterscheiden die Leistung als solche und die mit ihr kraft ein- oder zweiseitiger Willenserklärung oder kraft Gesetzes verbundene Erfüllungswirkung. Nehmen wir den Fall der Zahlung an. Der geschäftsunfähige oder geschäftsbeschränkte Schuldner kann Eigentum am Gelde nicht übertragen, also auch allein seine Schuld nicht erfüllen. Der minderjährige, über 7 Jahre alte Gläubiger dagegen wird Eigentümer des ihm von dem veräußerungsfähigen Schuldner übereigneten Geldes. Soweit daher zur Tilgungswirkung nur eine Willenserklärung des Schuldners nötig ist, tritt hier Erfüllung ein, während nach der Vertragstheorie wegen der in der Annahme der Leistung durch den Gläubiger liegende Verfügung über seine Forderung zwar Eigentum übergeht, da das dingliche Geschäft abstrakt ist, die Schuld aber nicht getilgt wird.

Etwas verschiebt sich indessen die Sachlage bei den Arbeitsverträgen. Ein Übereignungsvertrag ist hier nicht vorhanden. Der Schuldner ist lediglich zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet (§ 611 BGB.). Auch hier ist die Leistung an den Gläubiger zu bewirken im Sinne des § 362 Abs. 1; auch hier hat er die Dienste anzunehmen und kommt im Weigerungs- oder Behinderungsfalle in Annahmeverzug[1]). Aus den Worten des Gesetzes erhellt klar, daß die Erfüllung des Dienstvertrages also nicht in dem Sinne faktischer Natur sein kann, daß sie der Schuldner durch seine Willensbetätigung allein vollziehen könne. Diese Mitwirkung des Gläubigers, für die Planck[2]) zu Unrecht die Bezeichnung Annahme vermeidet, besteht hier z. B. in dem Einlaß zur Arbeitsstätte, dem Zurverfügungstellen von Arbeitsplatz und Werkzeugen, den Anweisungen über die Ausführung der Arbeit im einzelnen usw. Es besteht also, sobald der Arbeiter sich zur Arbeit eingefunden hat, ein Zustand, der am besten dahin zu kennzeichnen ist, daß der Arbeiter mit Wissen und Willen des Arbeitsherrn tätig ist. Diese gegenseitige Willensübereinstimmung aber ist nicht rechtsgeschäftlicher Natur, da sie, wie man auch den Begriff der Willenserklärung bestimmen mag, weder eine auf Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung[3]), noch eine Erklärung enthält, durch die eine solche zur Wahrnehmung durch andere bestimmte Betätigung menschlichen Willens, die nach den Lebenserfahrungen einen Schluß darauf zuläßt, daß durch sie eine Gestaltung, Veränderung oder Aufhebung privater Rechte herbeigeführt werden soll[4]). Ein rechtlich erheblicher Wille ist in diesem Einigungszustande über die Dienstbereitschaft allein — denn in ständige Betätigung braucht sie nicht notwendig umgesetzt zu werden — überhaupt

1) Vergl. § 615 BGB.
2) a. a. O. S. 140.
3) Enneccerus I, 1 S. 134.
4) Staudinger II, 1 S. 434.

nicht vorhanden, da durch ihn zunächst irgend ein gewollter rechtserheblicher Erfolg überhaupt nicht herbeigeführt wird. Ebenso wie bei der bloßen Betätigung schon aus natürlichen Gründen ein entsprechend gerichteter Wille erfordert wird, so ist auch bei einem auf eine gewisse Dauer abgesehenen, zur Dienstleistung bestimmten Zeitraum nur ein dahingehender Wille nötig. Auch hier ist m. E. scharf zwischen der Leistungshandlung oder dem auf ihre tatsächliche Bewirkung gerichteten Zustande einerseits und dem dadurch herbeigeführten Erfolge andererseits zu scheiden. Soweit derselbe aus den Gesichtspunkten der Zweckerreichung seine Erklärung findet, ist offenbar, daß auch durch Geschäftsunfähige und -beschränkte mit befreiender Wirkung geleistet und an sie geleistet werden kann. Soweit jedoch die Tilgung erst durch die daneben hergehende und darauf gerichtete Willenserklärung des Schuldners und auch des Gläubigers bewirkt wird, ist die Rechtslage etwas anders. Soweit der Schuldner geschäftsunfähig ist, geht seine Schuld nicht unter; soweit er geschäftsbeschränkt ist dagegen wohl, da ihm seine Erklärung ja nur rechtlichen Vorteil, nämlich Befreiung von der Schuld und Fälligkeit des Lohnes bewirkt (§ 107 BGB.). Auf Seiten des Gläubigers dagegen würde nur, wenn man auf dem Vertragsstandpunkte steht, wegen der daraus folgenden Verfügungsnatur der Erfüllung seine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich sein.

Aber wie dem auch sei, von jeglichem Standpunkte aus gelangen wir zu dem Ergebnisse, daß der auf einer Willensübereinstimmung beruhende Zustand des Beschäftigtseins von jeglichem Erfordernisse der Geschäftsfähigkeit unabhängig ist. Liegt einmal ein Arbeitsvertrag in gültiger Form nicht vor, so begründet eine, in der irrtümlichen Annahme verpflichtet zu sein geleistete Arbeit, gemäß § 812 BGB. einen Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung. Liegt dagegen eine gültige Verpflichtung zur Dienstleistung vor, so ist, falls mangels der nach der einen oder anderen Ansicht etwa erforderlichen unbeschränkten oder nur beschränkten

Geschäftsfähigkeit eine rechtswirksame Erfüllung nicht möglich sein sollte, gleichfalls ein Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung gegeben.

Die bisherige Untersuchung hat in erster Linie die privatrechtlichen Verhältnisse im Auge gehabt. Gleichermaßen ist das gewonnene Ergebnis auch auf die öffentlichrechtlichen Verträge zu übertragen. Auch hier kommt es nicht auf den Vertragsschluß, sondern auf das durch den Dienstantritt begründete Verhältnis der Dienstbereitschaft an. Da indessen die aus der Anstellung für den Beamten entspringenden Pflichten nicht nur sein dienstliches Verhalten betreffen, sondern auch ein außerdienstliches persönliches Abhängigkeitsverhältnis zum Staate begründen, erscheint hier mit dem Vertragsschlusse auch in den meisten Fällen das Anstellungsverhältnis in dem versicherungsrechtlich erheblichen Sinne gegeben.

§ 14.

3. Das Beschäftigungsverhältnis.

I. Im folgenden handelt es sich nun darum, auf Grund der gewonnenen Ergebnisse das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis zu bestimmen. Es mag auf den ersten Blick vielleicht befremdend erscheinen, daß trotz dem von der herrschenden Lehre behaupteten engen Zusammenhang zwischen Zivilrecht und öffentlichem Versicherungsrecht das Beschäftigungsverhältnis bisher noch nicht näher unter den in dem vorigen Paragraphen entwickelten Gesichtspunkte betrachtet worden ist. Allein man erwäge nur, daß die gesamte Sozialgesetzgebung noch verhältnismäßig jung ist und auch dem Zivilrechtler, wenn er sich mit dem Versicherungsrecht beschäftigt, diese Materie naturgemäß mehr von dem öffentlichrechtlichen als von den zivilrechtlichen Gesichtspunkten aus näher kommt.

Das *Beschäftigungsverhältnis* setzt zunächst, wie wir sahen, *eine tatsächliche Willenseinigung über*

eine Arbeitsleistung voraus. Denn beschäftigt ist nur der, der auf Grund eigenen Willensantriebes und des Einverständnisses des Arbeitgebers tätig wird. Daß diese Willensübereinstimmung nicht schon in dem die Verpflichtung zum Tätigwerden begründenden Vertrage liegen kann, ist auch schon erwiesen.

Aus dieser bisher nicht genügend beachteten Verschiedenheit ergeben sich beachtliche Folgen z. B. in folgendem praktischen Falle, wenn in Beziehung auf den Arbeitsvertrag eine Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite eintritt. Vereinigen sich zwei bisher aus Einzelkaufleuten bestehende Firmen etwa zu einer offenen Handelsgesellschaft oder einer G. m. b. H., so besteht ohne weiteres das Beschäftigungsverhältnis mit der neuen Firma nicht fort. Bedarf es erst des Abschlusses eines neuen Anstellungsvertrages, falls der bisherige abgelaufen ist oder aber der Anspruch auf die Dienste auf die neue Firma nicht übergeht, wie dies nach BGB. § 613 die Regel ist, so ist das ohne weiteres klar. Aber auch selbst wenn die alten Arbeitgeber etwa in Voraussicht einer nahen Verschmelzung ihrer Firmen mit ihren Arbeitern ausgemacht haben, daß ihre Rechte aus dem Vertrage auf die neue Firma übergehen sollen, besteht doch mit dem Eintritt der Rechtsnachfolge das Beschäftigungsverhältnis mit den alten Arbeitgebern fort, solange eben zwischen ihnen und den Arbeitern die auf die Arbeitsleistung gerichtete Willenseinigung fortbesteht. Auf keinen Fall geht das Beschäftigungverhältnis auf den über, der jetzt den Anspruch auf die Dienste hat. Es bedarf vielmehr noch des Einverständnisses der Arbeiter mit der neuen Firma, daß sie fortan ihr die Dienste leisten wollen, zu denen sie ihr kraft Rechtsübergangs verpflichtet sind. So entscheidet richtig auch das OVG. in einer Entscheidung vom 4. 7. 01[1]). Daß das Arbeitsverhältnis nicht zum Termine des Geschäfts-

1) OVG. Bd. 37 S. 382.

überganges an die neue Firma gekündigt worden sei, so wird dort ausgeführt, könne nicht dazu führen, daß von da an ein Beschäftigungsverhältnis zwischen ihr und dem Arbeiter bestehe. Das OVG. begründet seine Entscheidung damit, daß die neue Firma nicht Rechtsnachfolgerin der in ihr vereinigten Einzelkaufleute geworden sei. Diese Begründung erscheint, wie wir sehen, irrig. Selbst wenn sie es geworden ist, hätte es doch noch einer besonderen Einigung der Arbeiter mit ihr bedurft, daß sie ihr jetzt die Dienste leisten wolle.

Die Entstehungsgeschichte, die die auf die Beseitigung der durch den Arbeits**vertrag** hervorgetretenen Schädigungen gerichtete Tendenz der Sozialgesetzgebung zeigt, nicht zuletzt auch die Erwähnung desselben in der RVO. haben uns zu der Erkenntnis geführt, daß das Gesetz nur solche Arbeitsleistungen im Auge hat, zu denen der Arbeiter auf Grund eines Vertrages verpflichtet ist. Der Arbeitsvertrag ist also nicht, wie bisweilen behauptet wird, ohne Bedeutung für die Erkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses, sondern bezeichnet den Grund, warum eine Arbeitsleistung eine versicherungspflichtige ist. Es genügt danach nicht, daß schlechthin eine Pflicht zur Arbeit besteht. Eine solche ist im Gesetze in gewissem Maße auch für den Ehegatten (§ 1354 BGB.) und für die Abkömmlinge vorgesehen (§ 1624 BGB.). Diese Fälle liegen aber außerhalb der Verhältnisse, die der ratio legis zu Grunde liegen. Ebenso ist dies auch der Fall bei den im Betriebe tätigen sonstigen Verwandten, wo nicht einmal eine gesetzliche Pflicht zur Arbeit besteht. Wenn sonach hier die betreffenden Personen die Arbeit leisten, zu der sie verpflichtet sind oder zu der sie sich freiwillig erboten haben, so liegt auch ein auf einer Willenseinigung beruhendes Verhältnis vor. Allein es fehlt ihm derjenige rechtliche und wirtschaftliche Charakter, der nach dem Gesetze die Versicherungspflicht begründet, nämlich daß die Arbeit auf Grund eines besonderen Vertrages geleistet werde. Es fehlt an einer Rechtsbeziehung

zwischen Arbeitgeber und -nehmer, kraft deren einerseits dem Familienoberhaupt auf die Arbeitsleistung, andererseits dem Angehörigen auf die dafür zu gewährenden Leistungen ein über das Familienrecht hinausgehender und von ihm unabhängiger Rechtsanspruch eingeräumt ist[1]). Diese Fälle, die im Sinne des Gesetzes als uneigentliche Beschäftigungsverhältnisse zu bezeichnen sind, sind im § 176 Ziff. 2 in dem Abschnitte über die Versicherungsberechtigung geregelt. Welche Gründe den Gesetzgeber veranlaßt haben, dem § 176 Ziff. 2 die gegenwärtige Fassung zu geben, ist unersichtlich. Noch im ersten Entwurfe zur RVO. hieß es:

> Familienangehörige, deren Beschäftigung nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages stattfindet.

Erst die Kommission nahm allerdings ohne Begründung den Antrag an, an Stelle von auf „Grund eines Arbeitsvertrages" zu setzen:

> ohne eigentliches Beschäftigungsverhältnis und ohne Entgelt.

In der Folge ist dann noch Beschäftigungsverhältnis in Arbeitsverhältnis geändert worden.

Auf Grund eines Arbeitsvertrages geschieht die Arbeitsleistung um deswillen, weil sie sich als seine Erfüllung darstellt.

Bisher ist also das Beschäftigungsverhältnis die Einigung über eine Arbeitsleistung zur Erfüllung eines Vertrages. Da indessen nicht jeder Arbeitsvertrag der Mitwirkung des Gläubigers zu seiner Erfüllung bedarf, so bedarf diese Definition noch einer näheren Spezialisierung. Das Gesetz sagt zwar nichts Genaueres darüber, welcher Art der Arbeitsvertrag sein müsse, damit seine Erfüllung die Versicherungspflicht begründe. Aus der Entstehungsgeschichte der RVO., insbesondere den Reichs-

---

1) Sächs. OVG. vom 2. 4. 02 in Reger Bd. 23 S. 84.

tagsverhandlungen geht aber hervor, daß auch in der RVO. nicht jede Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung versicherungsrechtlich erheblich ist. Es erhellt daraus, daß beschäftigt im Sinne des Gesetzes nur der unselbständige Arbeiter ist, der zu dem Arbeitgeber in einem wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, kraft dessen er bei der Leistung der Arbeit den Weisungen des letzteren Folge zu leisten hat. Eine Einbeziehung der selbständigen Handwerker ist ausdrücklich abgelehnt worden, da eine solche kaum gewünscht sei und auch ohne zwingenden Anlaß in viele Verhältnisse eingreife und eine Durchbrechung des bisherigen Grundsatzes darstelle, deren Folgen kaum zu übersehen seien[1]). Die Unselbständigkeit eines Arbeitenden zeigt sich in der dauernden Mitwirkung des Arbeitsherrn bei der Ausführung der Arbeit, in der Erteilung der erforderlichen Anweisung usw. Versicherungspflichtig ist also nicht der, der sich zur Arbeit genötigt sieht, weil er einem anderen einen Erfolg schuldet, den dieser entgegenzunehmen hat, sondern weil er die Arbeitsleistung selbst dem anderen gegenüber zu bewirken hat. Es ist also die Erfüllung eines solchen Vertrages versicherungsrechtlich erheblich, die sich darstellt als Erfüllung einer vertraglichen *Arbeitsverpflichtung*. Es ist mithin das Beschäftigungsverhältnis *die Willensübereinstimmung des Arbeitgebers und -nehmers über eine Arbeitsleistung zur Erfüllung einer vertraglichen Arbeitsverpflichtung*.

Aus der sekundären Bedeutung des Arbeitsvertrages erklärt sich auch die Ausscheidung der Frage der Entgeltlichkeit der Arbeit aus der Definition des Beschäftigungsverhältnisses. Diese wird mithin zu einer selbständigen Voraussetzung der Versicherungspflicht. Soweit ein Versicherungszweig die Entgeltlichkeit der Beschäftigung erfordert, muß der Arbeitsvertrag auch die Einigung über den Lohn ent-

---

1) Komm. Ber. S. 4527.

halten, also ein zweiseitiger sein. In der Krankenversicherung ist dies in der Regel der Fall mit Ausnahme der Lehrlinge, für die neuerdings der Versicherungszwang schlechthin eingeführt ist.

Es bedürfte einer eingehenden Untersuchung, sollte hier festgestellt werden, welche Vertragstypen den eben dargelegten Anforderungen genügen und Grundlage eines Beschäftigungsverhältnisses sein können. Wie eine konstante Rechtsprechung festgestellt hat, kommt es dabei nicht in erster Linie auf die juristische Konstruktion des Vertrages, sondern auf die wirtschaftliche Gestaltung der durch ihn geregelten Verhältnisse an. Unter Umständen kann daher neben dem Dienstvertrage auch ein Werk-, Miet-, Pacht- und Gesellschaftsvertrag die geeignete Grundlage für das Beschäftigungsverhältnis sein. Es würde uns aber zu weit führen, wollten wir dieser Frage im einzelnen nachgehen. Wohl aber müssen wir noch darauf zurückkommen, ob Geschäftsführung ohne Auftrag die Versicherungspflicht begründen könne. Wie steht es im folgenden Falle?[1]). Ein Handwerker erkrankt, und sein einziger Geselle verläßt den Dienst. Ein befreundeter Meister entsendet ohne Wissen des Erkrankten einen seiner Gesellen, der zwei Wochen die Werkstatt in Ordnung hält und die laufende Arbeit verrichtet. Die hier zur Beantwortung stehende Frage wird allgemein dahin gestellt, ob versicherungsrechtlich der zu vermutende Wille dem erklärten Willen des Arbeitgebers gleichstehe, ob also, zivilrechtlich betrachtet, dieses eigenmächtige Eingreifen des Dritten in fremde Angelegenheiten dem mutmaßlichen Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn entspreche. H a h n begründet seine dahingehende Ansicht nur damit, daß er keine Bedenken habe, ein versicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis anzunehmen. In Anwendung unserer Definition auf derartige Fälle ergibt sich ein doppeltes: es fehlt einmal die vertragliche Arbeits-

---

1) Vergl. hierzu H a h n, Verw.-Arch. Bd. 9 S. 225.

verpflichtung, in deren Erfüllung Arbeit geleistet wird, und es fehlt ferner die das Erfüllungsverhältnis begründende Willenseinigung, auf Grund deren die Arbeit vor sich geht. Wenn wir uns aber der herrschenden Lehre anschließen und den mutmaßlichen Willen anstelle des Vertragswillens genügen lassen werden, müßten wir uns weiter auch dahin entscheiden, daß hier die Arbeitsleistung auf Grund einseitiger Willensbetätigung des Arbeiters bezw. auf Grund des zu vermutenden Einverständnisses des Arbeitsherrn die Versicherungspflicht begründet. Für die Unfallversicherung hat das Reichsversicherungsamt ausgeführt, zwar werde die Beschäftigung regelmäßig auf einen Arbeitsvertrag zurückgeführt, doch müsse eine sonst in dem Betriebe nicht beschäftigte Person, welche in einer dem Betriebe förderlichen und dem Willen des Unternehmers entsprechenden Weise einseitig in den Betrieb eingreife, auch dann als versichert gelten, wenn ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Unternehmer nicht angenommen werden könne[1]). Es war nur ein Schritt bis dahin, auch den mutmaßlichen Willen genügen zu lassen.

Das Gesetz hat aber offenbar an diese Fälle für die Krankenversicherung nicht gedacht. Wenn auch nach § 681 BGB. auf den Geschäftsführer gewisse Auftragsgrundsätze zur Anwendung kommen, so sind doch die ihm erwachsenen Pflichten und Rechte rein gesetzlicher Art. Auch soweit die Geschäftsführung den Interessen und dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, vermag sie ein Vertragsverhältnis nicht zu ersetzen, insbesondere ist der dem Geschäftsführer gewährte Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nicht identisch oder gleichwertig mit einem Anspruch auf Vergütung. Schon aus diesem Grunde erscheint die Ansicht irrig. Weiter ist zu beachten, daß das zu vermutende Einverständnis des Geschäftsherrn immer nur für den Ersatz der Aufwendungen,

1) Handbuch der UV. Anm. 32 zu § 1 UVG.

nicht aber für die tatsächliche Vornahme des Geschäftes selbst von Bedeutung ist.

Auf dem Gebiete der KV. besteht zudem auch kein Bedürfnis zu einer derartigen über das Gesetz hinausgehenden Erweiterung des Beschäftigungsbegriffes. Es finden Fälle der von Hahn erwähnten Art ihre versicherungsrechtliche Lösung schon dadurch, daß, was übersehen wird, der Meister, der seinen Gesellen in die Werkstatt eines anderen schickt, immer noch dessen Arbeitgeber, ersterer somit schon auf Grund seiner Beschäftigung bei dem ersten Meister versicherungspflichtig ist.

II. Aus unserer Auffassung ergeben sich eine Reihe zum Teil schon in anderem Zusammenhang hervorgehobener Schlußfolgerungen.

1. Nur weil dem Arbeitsvertrage eine sekundäre Bedeutung zukommt, ist dessen Gültigkeit nicht erforderlich. Sollte tatsächlich im einzelnen Falle ein rechtsgültiger Vertrag nicht vorliegen, so ist die zu seiner Erfüllung geleistete Arbeit ohne rechtlichen Grund erfolgt und begründet einen Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung[1]). Hierunter fallen die von Hahn und anderen ins Auge gefaßten Fälle, wo ein Lohnarbeitsverhältnis und, streng genommen, ein Arbeitsvertrag in ihrem Sinne auch dann vorliegen müsse, wenn der Vertrag zivilrechtlich ungültig, aber ein Anspruch auf Vergütung auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gegeben ist. Was also vom Standpunkte der herrschenden Lehre logischer Weise zu erklären möglich ist, löst sich hier ohne Schwierigkeit.

Wir hatten bisher nur die Fälle im Auge, die auf einen Mangel der Geschäftsfähigkeit, des Willens oder der Form zurückzuführen sind. Besonderer Erwähnung bedürfen noch die Fälle des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz privat-

1) Vergl. oben § 13.

rechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur. Soweit ein Gesetz nur polizeiliche Zwecke verfolgt und trotz einer Strafdrohung nicht die rechtliche Seite der verbotswidrigen Handlung beeinflußt, sondern nur ihre tatsächliche Vornahme verhindern will, besteht ein Beschäftigungsverhältnis auf Grund des verbotswidrig geschlossenen Vertrages. Soweit dagegen ein Gesetz den tatsächlichen Erfolg treffen will, ist ein darauf gerichteter Vertrag ungültig[1]). Daraus wird aber nicht ohne weiteres auch die Verneinung eines gültigen Beschäftigungsverhältnisses zu folgern sein. Das Gesetz selbst sagt darüber nichts. Die Entscheidung ist daher aus der ratio legis zu entnehmen. Es wird darauf ankommen, ob trotz ungültigen Vertrages die Tätigkeit eines Arbeiters als schutzwürdige Teilnahme an der nationalen Arbeit anzusehen ist. Danach ist zu entscheiden: Verbietet ein Gesetz eine bestimmte Tätigkeit schlechthin aus Gründen, die in ihr selbst liegen, so kann, weil eben das Gesetz diese Tätigkeit selbst treffen will, sie einen versicherungsrechtlich erheblichen Tatbestand nicht abgeben. Deshalb begründet die Beschäftigung in einem Bordell keinen Versicherungszwang. Wird dagegen eine Tätigkeit nur aus Gründen verboten, die in der Person der beteiligten Personen liegen, insbesondere den Schutz der Arbeiter bezwecken, so ist, weil das Gesetz die Tätigkeit an sich nicht mißbilligt, sondern nur die Umstände, unter denen sie erfolgt, eine versicherungspflichtige Beschäftigung anzunehmen[2]). Ein Fall der letzteren Art ist § 135 Gew.-O., der die Beschäftigung von Kindern unter 13 Jahren in bestimmten Betrieben untersagt. Eine besondere gesetzliche Regelung dieser Frage erscheint mir aber im Gegensatz zu Schwenger nicht nötig, da schon die richtig angewandte ratio legis den Maßstab für die praktisch wünschenswerte Entscheidung abgibt.

---

1) Vergl. Enneccerus I, 1 448.

2) Ähnlich, aber ohne Gründe auch Schwenger S. 49.

2. Für die Beurteilung der Willenseinigung selbst sind keinerlei rechtliche Normen gegeben. Sie wird daher nach Gesichtspunkten der Billigkeit und der praktischen Notwendigkeit zu erfolgen haben, wie dies z. B. gleicherweise im Falle BGB. § 854 Abs. 2 der Fall ist, wenn man die Vertragsnatur der Einigung, durch die Besitz hier übertragen wird, nicht anerkennt.

Unabhängig von dem Erfordernis der Geschäftsfähigkeit, verlangt die natürliche Willenseinigung, wie die bloße Willensbetätigung, daß die Beteiligten natürliche Willensfähigkeit besitzen. Ob man eine solche für vorliegend erachten kann, hängt von der Lage des Einzelfalles ab. Soweit eine Person geschäftsfähig ist, ist sie ohne weiteres auch willensfähig in diesem Sinne. Dasselbe gilt auch für die beschränkt geschäftsfähigen Personen. Diese sind sogar im Stande, auch vom Standtpunkte der Rechtsgeschäftsnatur der Erfüllung, ein gültiges Erfüllungsgeschäft vorzunehmen. Nach § 107 BGB. bedarf der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Die Erklärung, erfüllen zu wollen, befreit ihn, zumal es bei Arbeitsverträgen keiner Übertragung irgend welcher Vermögensobjekte bedarf, ein rechtlicher Nachteil für ihn also überhaupt nicht eintritt, lediglich von einer ihn bindenden Verpflichtung.

Auch soweit noch keine durch den gesetzlichen Vertreter begründete Arbeitsverpflichtung besteht, hat der Minderjährige den versicherungsrechtlich erheblichen Erfüllungswillen, der auch auf dem Gebiete des Privatrechts, da ein bindender Vertrag in der Regel von den Ausnahmen der §§ 110, 112, 113 BGB. abgesehen, nicht zustande kommt, auf dem Umwege über § 812 ff. BGB. rechtliche Bedeutung findet.

Praktisch bedeutsam kann die Frage nach der natürlichen Willensfähigkeit bei Geisteskranken und Kindern unter

7 Jahren werden. Inwieweit hier ein rechtlich und tatsächlich erheblicher Wille vorhanden sein kann, entzieht sich der generellen Beurteilung. Es ist stets eine Frage des Einzelfalles, ob von einer Willensäußerung als von der bewußten Erklärung eines gewollten äußeren Erfolges die Rede sein kann[1]).

3. Als natürliche Willenserklärung können selbstverständlich auf das Beschäftigungsverhältnis die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Willenserklärungen nicht Anwendung finden. Soweit das Beschäftigungsverhältnis auch ohne tatsächliche Arbeit beginnt, muß zur Feststellung, ob eine darauf gerichtete Willenserklärung vorliegt, immer das tatsächlich Erklärte oder aus dem gesamten konkludenten Verhalten als Willenserklärung zu Entnehmende maßgebend sein, wie es nach vernünftiger Auslegung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstanden worden ist und auch verstanden werden durfte. Für die Grundsätze vom geheimen Vorbehalte und der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung (§ 116, 117 BGB.), ist hier kein Raum.

Eine im beiderseitigen Einverständnis nur zum Schein abgegebene Erklärung begründet aber ein Beschäftigungsverhältnis, sobald trotzdem tatsächlich gearbeitet wird, weil eine den tatsächlichen Verhältnissen widerstreitende beiderseitige Erklärung als zur Umgehung des Gesetzes bestimmt, nicht anerkannt werden kann. Auch der von einer Seite nur zum Scherz erklärte Wille begründet die Versicherungspflicht, weil eben tatsächlich eine Willenseinigung nach außen hin in die Erscheinung getreten ist.

---

1) So auch Arb.-Vers. 1907 S. 432 (OVG. Bd. 22 S. 351), wo festgestellt wird, daß das KVG. einen Grundsatz, wonach vollwertige Arbeit die Versicherung nicht begründe, weil der Arbeiter nicht im Besitze normaler Geistesfähigkeit gewesen ist, nicht kennt. Es kommt danach überhaupt auf die Fähigkeit, einen formell gültigen Vertrag zu schließen, nicht an. Gründe für seine Ansicht kann das OVG. von seinem Standpunkte aus nicht beibringen.

§ 15.

4. Beginn, Fortdauer, Ende des Beschäftigungsverhältnisses. Der fruchtlose Arbeitsversuch.

Die in diesem Kapitel zu behandelnden Fragen sind für die Praxis von größter Bedeutung. Da sich indessen die vorliegende Arbeit das Ziel gesetzt hatte, das Wesen des Beschäftigungsverhältnisses zu erkennen, so sind die sich aus ihm weiter ergebenden Folgerungen über seinen Beginn usw. nur insoweit hier zu streifen, als es zur Vollständigkeit der Arbeit erforderlich ist.

Als grundsätzlich ist dabei voranzustellen, daß alle in der gegenwärtigen Untersuchung auftauchenden Fragen in erster Linie nicht aus dem zu Grunde liegenden Arbeitsvertrage, sondern aus der das Erfüllungsverhältnis begründenden Willenseinigung zu beantworten sind. Damit entfällt für uns der Vorwurf, den Stier-Somlo[1]) m. E. mit Recht der herrschenden Lehre macht, wenn er auch in der allgemeinen Form, in die er gekleidet ist, als richtig nicht anerkannt werden kann. Er hält ihr vor, daß sie doch eigentlich, da sie das Beschäftigungsverhältnis mit dem Arbeitsvertrag identifiziere, den Arbeitsvertrag auch bei der Auslegung des Beschäftigungsverhältnisses für maßgebend erachten müsse, während sie in Wahrheit, ganz ohne Rücksicht auf ihn und im Widerspruch mit ihm, die einschlägigen Verhältnisse nach willkürlichem praktischem Ermessen entscheide.

Maßgebend für den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ist stets die auf eine Arbeitsleistung gerichtete Willenseinigung. Wird der Dienst durch Leistung tatsächlicher Arbeit begonnen, so liegt darin auch ohne weiteres das für das Vorhandensein der Willensübereinstimmung konkludente Verhalten. Aber auch ohne tatsächliche Arbeitsleistung kann ein Beschäftigungsverhältnis, wie fortbestehen,

---

1) Deutsche Sozialgesetzgebung S. 132.

so auch beginnen. Dies ist, wie schon oben § 6 und 11 hervortrat, bestritten. Vergegenwärtigt man sich aber den Zweck eines Dienstvertrages, der nicht auf Herbeiführung eines Erfolges, sondern auf Dienstleistung gerichtet ist, so muß man sich dahin entscheiden, daß das Erfüllungsverhältnis in dem Augenblick beginnt, in dem kraft beiderseitiger Willenseinigung der Arbeiter sich zum Zwecke der Arbeitsleistung in den Dienst eines anderen stellt[1]). Wenn dieses Zurverfügungstellen auch regelmäßig und natürlicherweise in der tatsächlichen Ausübung seine zweckentsprechende und beabsichtigte Verwendung findet, so ist doch schon in dem Zeitpunkte, in dem feststeht, daß der Arbeiter seine Arbeitskraft in den Dienst eines anderen stellt, vom Standpunkte des Arbeiters aus eine tatsächliche Verwertung derselben im Interesse dieses anderen eingetreten, da dieser sie zu jeder Zeit durch seine Anordnung in tatsächliche Dienstleistung umsetzen kann. Von diesem Zeitpunkte an hat sich der Arbeiter tatsächlich der Freiheit über seine Person begeben[2]). Dieser, wenn man so sagen soll, latente Erfüllungszustand, ist das, was im Sinne der herrschenden Lehre die tatsächliche Verfügungsmacht ist. Sie ist also nichts weiter als die Folge des schon eingetretenen Erfüllungszustandes einer Arbeitsverpflichtung. Mit Recht ist daher für den Fall, daß der Arbeiter, der auf dem Wege ist, die Arbeit anzutreten, und der vor der Ankunft an der Arbeitsstätte erkrankt[3]) oder der eine Absage des Arbeitgebers erhält[4]), das Beschäftigungsverhältnis verneint, bei einem anderen dagegen, der von dem Arbeitsherrn nach der Meldung nach einem anderen Orte geschickt wird, um dort zu arbeiten, und der

---

1) Den Anfang des Beschäftigungsverhältnisses macht neuerdings auch Häpe, Krankenversicherungsrecht S. 81, von dem Eintritt des Erfüllungszustandes des Arbeitsvertrages abhängig.

2) Sörgel, Rspr. Bd. 10 S. 232 Nr. 33.

3) Arb.-Vers. 27 S. 18.

4) Arb.-Vers. 10 S. 227.

unterwegs erkrankt, das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses und damit der Anspruch auf Krankengeld bejaht worden.

Die Schwierigkeit, den auf ein konkretes Arbeitsverhältnis gerichteten Parteiwillen in diesen und ähnlichen Fällen festzustellen, findet ihren beredten Ausdruck in der Unsicherheit der Rechtsprechung. Und in der Tat wird die Frage, wann die das Erfüllungsverhältnis begründende und auf gegenseitigem Einverständnis beruhende Dienstbereitschaft vorhanden ist, sich nicht durch die Aufstellung allgemeiner Normen, sondern nur auf Grund genauer Würdigung des Einzelfalles zweckentsprechend entscheiden lassen. Es geht nicht an, mit v. Frankenberg[1]) in der Meldung zum Dienste ein allgemeines Kriterium für den Beginn zu sehen. Denn diese Meldung kann, gleich wie der Empfang der Dienstkleidung und Dienstanweisung[2]), immer nur im besonderen Falle für den Abschluß der erforderlichen Willenseinigung entscheidend sein, die in anderen Fällen auch schon vor diesen Ereignissen objektiv feststellbar und erweislich sein kann.

Der Tag, mit dem das Beschäftigungsverhältnis beginnt, begründet zwar die Versicherungspflicht. Aus dem Wesen des Beschäftigungsverhältnisses folgt aber, daß trotz des Wortlautes des § 306 RVO., wonach die Mitgliedschaft mit dem Tage des Eintritts in die versicherungspflichtige Beschäftigung beginnt, der Versicherte erst von dem Augenblick des Beginns der Beschäftigung und nicht schon mit Anbruch des Tages Anspruch auf die kassenmäßigen Leistungen hat, wie auch umgekehrt bei Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht erst mit Ablauf des betreffenden Tages der Arbeiter aus der Versicherung ausscheidet[3]).

---

1) Arb.-Vers. Bd. 23 S. 105 ff.

2) Preuß. OVG. in Reger Bd. 27 S. 392.

3) So v. Frankenberg S. 22, OVG. Bd. 53 S. 382. Unrichtig m. E. Hahn, Komm. S. 178 und OVG. in Arb.-Vers. Bd. 26 S. 116; vergl. auch Kautz, Rechtsgrundsätze des OVG. Bd. 1909/10 S. 529.

Der Eintritt des Beschäftigungsverhältnisses setzt voraus, daß der Arbeiter auch tatsächlich zu arbeiten in der Lage ist. Ist er z. B. durch Krankheit völlig verhindert, liegt also schon nach materiellem bürgerlichen Rechte eine subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor, so kann auch ein Beschäftigungsverhältnis nicht entstehen. Inwieweit indessen eine durch Krankheit geschwächte Arbeitskraft als versicherungsrechtlich erheblich anzusehen ist, läßt sich nach festen Regeln nicht allgemein entscheiden. Daß dabei nicht medizinische sondern wirtschaftliche Erwägungen Platz greifen müssen, hat das OVG. richtig hervorgehoben. Daran ist auch in konstanter Praxis festgehalten worden. Eine Krankheit, die dem Arbeiter den Anspruch auf die kassenmäßigen Leistungen gibt, also als Arbeitsunfähigkeit im Sinne der §§ 182 ff. RVO. anzusprechen ist, hindert die Entstehung des Beschäftigungsverhältnisses nicht, solange der Arbeiter tatsächlich vollwertige Arbeit leistet. Arbeitsunfähigkeit im Sinne obiger Vorschrift liegt dann vor, wenn es dem Arbeiter an der Fähigkeit zur Fortsetzung derjenigen Arbeit fehlt, auf Grund deren die Versicherung besteht, andere geringere Arbeit aber noch leisten kann. Darüber hinaus muß aus dem Zwecke des Gesetzes, das dem Beschädigten nicht nur Ersatz für einen schon eingetretenen Schaden gewähren, sondern ihm auch zur baldigen Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit verhelfen will, gefolgert werden, daß diese Arbeitsunfähigkeit und damit das Recht zur Niederlegung der Arbeit auch schon dann anzunehmen ist, wenn die Arbeit nicht ohne erhebliche Verschlimmerung der Krankheit fortgesetzt werden kann[1]). Wie gleichwohl bei Fortsetzung der Tätigkeit in diesen Fällen das Beschäftigungsverhältnis besteht, der Arbeiter sogar, solange er seinen Lohn erhält, keinen Anspruch auf Krankengeld hat, da ihm seine Krankheit bis dahin noch keinen Ausfall bringt, dessen Ersatz

---

1) So OVG. Bd. 46 S. 363.

er beanspruchen könnte, so kann es auch beginnen, wenn der Arbeiter in diesem Zustande eine versicherungspflichtige Arbeit annimmt[1]). Denn nicht darauf kommt es an, in welcher gesundheitlichen Verfassung der Versicherungspflichtige sich befindet, sondern darauf, ob er trotzdem versicherungspflichtige Arbeit leistet[2]). Im Gegensatz zu der nach medizinischen Gesichtspunkten zu beurteilenden — relativen — Arbeitsunfähigkeit, wird der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses nur durch die tatsächliche völlige — absolute — Unfähigkeit zur Ausführung der vertraglich übernommenen Arbeit ausgeschlossen. Es wird von Fall zu Fall nach freiem Ermessen zu prüfen sein, ob die geleistete Arbeit als vollwertige Erfüllung der übernommenen Verpflichtung anzusehen ist oder nicht. Mit Recht hebt Schwenger[3]) hervor, daß das richterliche Ermessen in § 6 Abs. 2 KVG., jetzt entsprechend § 182 RVO., einen wertvollen Anhaltspunkt findet, wonach im Falle der Arbeitsunfähigkeit ein Krankengeld in der Höhe der Hälfte des ortsüblichen Tagelohns gewöhnlicher Tagarbeiter gewährt wird. Ist die Arbeitsleistung tatsächlich so gering, daß sie selbst einer derartigen Entlohnung nicht mehr würdig ist, so kann sie auch nicht als Erfüllung eines höheren Lohn festsetzenden Dienstverhältnisses angesehen werden. Dies kann aber immer nur soweit gelten, als tatsächlich eine so hoch zu bewertende Arbeit nicht mehr geleistet wird, nicht aber auch dann, wenn nach dem Gesundheitszustand von ärzlichem Standpunkte aus der Kranke in diesem Grade erwerbsunfähig ist, trotzdem aber noch eine so

---

1) Irrtümlich die in der Rechtsprechung nicht angenommene Ansicht des OVG. Braunschweig vom 15. Mai 1912, Breithaupt, Die Rechtsprechung des RVA. in Unfallsachen S. 489, wonach ein mißlungener Arbeitsversuch schon dann angenommen wird, wenn Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 182 RVO. vorliegt; gegen diese Auffassung auch OVG. Bd. 50 S. 409.

2) OVG. Bd. 18 S. 355, Bd. 27 S. 345 und Bd. 50 S. 409 u. a.

3) S. 52 a. a. O.

hoch zu bewertende Arbeitsleistung vollbringt[1]). Mit Recht schließt deshalb völlige Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 182 RVO. die Versicherungspflicht nicht notwendig aus. Nur bedingte Berechtigung hat m. E. die Polemik Schwengers gegen die herrschende Meinung, die Lohnarbeit von wirtschaftlicher Bedeutung verlangt[2]). Wenn auch diese Fassung nach unserer Ansicht ungenau ist, weil in ihr nicht zum Ausdruck kommt, in welchem Verhältnisse die Arbeit von wirtschaftlicher Bedeutung zu der übernommenen Arbeitsverpflichtung steht, so wird doch schwerlich in der Praxis eine solche Erheblichkeit dann angenommen werden, wenn ihr nicht die Entlohnung in der Hälfte des üblichen Tagelohnes zukommt.

Das Beschäftigungsverhältnis dauert solange fort, als der darauf gerichtete Erfüllungswille vorhanden ist. Dieser genügt auch, wenn nicht fortlaufend tatsächliche Arbeit geleistet wird. An sich geht schon die dem Beschäftigungsverhältnis zu Grunde liegende Willenseinigung nur dahin, daß der Arbeiter die versprochene Arbeit in bestimmter Art und Weise leisten, der Arbeitgeber sie so annehmen wolle. Naturgemäß ist die Erfüllung einer Arbeitsverpflichtung zu denken als ein von Pausen unterbrochener Zustand, während deren der Verpflichtete nach Belieben über sich verfügen kann. Hierher sind zu zählen die Mittags- und Nachtpausen. Auch größere Unterbrechungen, wie Sonn- und Feiertage, Krankheit, usw. beenden das Beschäftigungsverhältnis nicht notwendig, sofern es nach dem Willen der Parteien sich nur um Pausen in der Erfüllungshandlung handelt. Allerdings wird diese Auslegung ohne ein Zurückgreifen auf den Sinn des Arbeitsvertrages vielfach nicht möglich sein; da sich aus ihm zuerst ergeben muß, daß eine Verpflichtung zur Arbeit, trotz des Unterbleibens der tatsächlichen Tätigkeit, weiter bestehen soll. Deshalb genügt

1) a. A. Schwenger a. a. O.
2) OVG. Bd. 27 S. 345, Arb.-Vers. 1913, 391 u. a.

es nicht, wenn z. B. dem Arbeiter zugesagt ist, daß er nach Beendigung der militärischen Übung wieder angenommen werden würde. Denn hier besteht ohne Zweifel eine Arbeitsverpflichtung nicht mehr fort. In diesem Sinne — aber auch nur in diesem — ist es richtig, wenn in gerichtlichen Entscheidungen das Hauptgewicht darauf gelegt wird, daß trotz der Unterbrechung der Arbeitsvertrag unberührt bleiben müsse[1]), wiewohl dabei aber stets verkannt wird, daß er immer nur den Rechtsgrund für das Beschäftigungsverhältnis abgibt. Weniger klar erscheint mir die Fassung, daß wegen der beiderseitigen Absicht, nach Beendigung der Krankheit usw. das Beschäftigungsverhältnis auch tatsächlich weiter fortzusetzen und wegen der Fortzahlung des Lohnes das Beschäftigungsverhältnis fortdauere[2]). Die Fortzahlung des Lohnes kann immer nur ein Indiz für den Weiterbestand des Arbeitsvertrages sein, wiewohl dem nichts im Wege steht, vertraglich eine Verringerung oder gar Einstellung der Lohnzahlung zu vereinbaren. Die Absicht, nach Beendigung der Krankheit die Arbeit tatsächlich fortzusetzen, soll nichts anderes bedeuten, als daß der Parteiwille auf die zukünftige Fortsetzung der Arbeit in Erfüllung einer weitergehenden Pflicht schon jetzt gerichtet ist. Mit anderen Worten, wenn eine Pflicht zur Arbeit weiter besteht, der Arbeiter den sogenannten Pflichtwillen haben soll[3]), kann trotz vorübergehender Unterbrechung der Arbeitsleistung das Beschäftigungsverhältnis dem Willen nach fortbestehen.

Solange eine Arbeitsverpflichtung erweislich vorliegt, bedarf der Wille, das einmal begonnene Arbeitsverhältnis fortzusetzen, keines Beweises. Denn der aus den Erklärungen der Parteien oder aus ihrem Verhalten objektiv festgestellte Wille hat die Vermutung der Fortdauer in sich, weil

1) OVG. Bd. 37 S. 382.
2) OVG. Bd. 29 S. 320.
3) Schwenger S. 50/51.

er von vornherein auf einen Zustand von mehr oder weniger langer Dauer gerichtet ist. Die mutmaßliche Dauer des Erfüllungsverhältnisses ergibt sich aber aus dem Arbeitsvertrage. Dies gilt auch dann, wenn mit der Fortsetzung des von Tag zu Tag kündbaren Vertrages, also auch mit der Verpflichtung zur Arbeit gerechnet wird.

Deshalb endet auch das Arbeitsverhältnis in der Regel spätestens mit dem Wegfall der ihm zu Grunde liegenden Verpflichtung, da anderen Falls bei fortgesetzter Arbeit eine stillschweigende Verlängerung des Arbeitsvertrages angenommen werden muß, oder, falls eine solche in gültiger Weise nicht zustande gekommen sein sollte, mit dem Wegfall der, wenn auch rechtlich unverbindlichen Verabredung über die zu leistende Arbeit. Umgekehrt besteht aber die Möglichkeit, daß das Beschäftigungsverhältnis schon früher als der Arbeitsvertrag sein Ende findet. Insofern zeigt sich wieder seine Unabhängigkeit von seinem rechtlichen Grunde. Als tatsächliche Willensübereinstimmung endet es nämlich auch, sobald auf der einen oder anderen Seite ein auf diese gerichteter Wille nicht mehr vorhanden ist, vorausgesetzt, daß die Sinnesänderung dem Gegner zur Kenntnis gekommen ist. Eine derartige Kundgebung ist sowohl auf Seiten des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers denkbar. Zivilrechtlich betrachtet würden hier die Fälle des Leistungsverzuges des Schuldners bezw. des Annahmeverzuges des Gläubigers gegeben sein. Der unberührte Weiterbestand des Arbeitsvertrages kommt hier für das Gebiet des Zivilrechts dadurch zur Geltung, daß aus ihm gegen den Vertragsbrüchigen mannigfache Ansprüche entstehen. Es besteht somit die Möglichkeit, daß langfristige Dienstverträge die Grundlage mehrerer Beschäftigungsverhältnisse werden können, wenn der eine oder der andere Teil die Arbeit eine Zeitlang nicht geleistet bezw. ihre Leistung nicht zugelassen hat.

Trotz des Vorliegens einer auf die Arbeitsleistung gerichteten Willenserklärung endet das Beschäftigungsverhältnis aber auch stets dann, wenn bei dem Verpflichteten absolute und dauernde Arbeitsunfähigkeit eintritt. Denn dann fehlt es an der Möglichkeit, daß der mit dem Beschäftigungsverhältnis verbundene Zweck tatsächlicher Arbeitsleistung erreicht werden kann. Ist dagegen die Erwerbsunfähigkeit nur eine vorübergehende, so kann nach dem oben Gesagten unter Umständen nur eine Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses vorliegen.

Lebenslauf.

Ich, Hermann Clos, Preuße, evangelischer Konfession, wurde am 2. September 1890 zu Frankfurt a. M. geboren. Ich besuchte die Klinger-Oberrealschule daselbst, die ich Ostern 1910 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Nach sechssemestrigem Rechtsstudium an den Universitäten Berlin und Marburg bestand ich am 12. Juli 1913 am Oberlandesgericht zu Cassel die erste juristische Staatsprüfung. Als Referendar war ich bisher am Amtsgericht zu Usingen i. Taunus und bis zu meiner Einberufung zum Kriegsdienst am 19. April 1915 am Landgericht zu Frankfurt a. M. beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich in Marburg am 5. Mai 1916.